Die Beweislast bei Ergänzungsregeln

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Hans Zöll
Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. M.-Rödelheim

Marburg 1934
Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg (Lahn)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 2. Mai 1934.
Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen Freunden
Karl Birkelbach, Erich Nassauer, Walter Weidner
zur Erinnerung an unsere Marburger Studienzeit.

Schrifttum

v. Bar: Recht und Beweis im Zivilprozeß. Leipzig 1867.

Baumbach: Kommentar zur ZPO. Berlin 1934.

Beckh: Die Beweislast nach dem BGB. München 1899.

Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Teile der Theorie des Zivilprozesses. Berlin und Stettin 1827.

Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß. 1. Auflage, Karlsruhe 1894; 3. Auflage, Berlin 1910.

Borst: Über die Beweislast im Zivilprozeß. 1835.

Brach: Beweislast bei der Stellvertretung. Recht 1911, 225 f.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten II. Erlangen 1873.

Brodmann: Zur Lehre von der Beweislast. Arch. f. Ziv. Praxis 98, 66 ff (Ziv Arch.).

Bülow: Dispositives Zivilprozeßrecht und die rechtsverbindliche Kraft der Rechtsordnung, ebd. 74,1 ff.

Canstein: Rationelle Grundlagen des Zivilprozesses. Wien 1877.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Jena 1900.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Daubenspeck-Sattelmacher: Bericht, Gutachten und Urteil. Berlin 1930.

Dernburg: Allgemeiner Teil des BGB. Halle 1902.

" Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1894.

Diemer: Über die Beweislast bei der Befristung. Marburger Dissertat. 1931.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB. Leipzig 1910.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Eisele: Unverbindlicher Gesetzesinhalt. Ziv. Arch. 69, 275 ff.

Eccius: Besprechung von Crome: „System des Bürgerlichen Rechts." Gruchot 45, 435 ff.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil. Marburg 1931.

Fitting: Die Grundlagen der Beweislast. ZZP. 13,1 ff.

" Über den Begriff der Bedingung. Ziv.Arch. 39, 350 ff.

Gautschi: Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen. Zürich 1913.

Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klaggrund und der Beweislast. Jena 1858.

Groh: Besprechung von Leonhards Beweislast. JW 1926, 2416 ff.

Heffter: siehe Weber.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozesses. Leipzig 1912.

Hedemann: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches. Jena 1904.

Kisch: Besprechung von Rosenbergs „Beweislast". ZZP 30, 532 ff.

Kitz: Das sog. qualifizierte Geständnis und seine Bedeutung für die Beweislast. Heidelberger Dissertation 1913.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1925.

v. Knieriem: Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises. Berlin 1896.
Koffka: Beweislast. DJZ 1899 Sp. 173 ff.
Kohler: Zivilprozeß und Konkursrecht in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie III, 314 ff. Leipzig und Berlin 1914.
Kori: Über die Regel: affirmanti incumbit probatio vornehmlich als Widerlegung der Weberschen Erklärung derselben. Ziv. Arch. 8,90 ff.
Korsch: Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis. Bonn 1911.
Kreß: Zur Lehre von der Beweislast. Münchener Dissertation 1899.
Küntzel: Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Gruchot 40, 345 ff.
Langheinecken: Anspruch und Einrede nach dem BGB. Leipzig 1903.
Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht. München 1929.
" Die Beweislast. Berlin 1926.
" Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1932.
" Die Wahl bei der Wahlschuld. Iher. Jahrb. 41,1 ff.
Leonhard, Rud.: Das Bürgerliche Recht. Allgemeiner Teil. Berlin 1900.
Materialien zur ZPO, besorgt von Hahn. Berlin 1880.
Martinius: Die Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage. Berlin 1902.
" Zur Lehre von der Behauptungs- und Beweislast. Arch. f. Bürgerl. Recht 24, 48 ff.; 25, 149 ff.
Maxen: Über Beweislast, Einreden und Exzeptionen. Göttingen 1861.
Meyerhoffer: Zur Lehre von der Beweislast. Zeitschrift f. Schweizer Recht 44, 315.
Meyerowitz: Grundlegende Fragen der Beweislast in Literatur und Rechtsprechung seit 1900. JW 1913, 236 ff.
Muskat: Kauf auf Probe. Gruchot 48, 205 ff.
Neumann: Handausgabe des BGB. Berlin 1909.
Oertmann: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil und Schuldrecht. Berlin 1927/29.
Opet-Blume: Kommentar zum BGB. Familienrecht. Berlin 1906.
Planck: Kommentar zum BGB. Berlin 1913.
" J. W.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. München 1891.
Pöschmann: Über die Natur des sog. qualifizierten Geständnisses im Zivilprozeß und dessen Einfluß auf die Beweislast. Leipzig 1863.
Protokolle zum BGB. Band VI. Berlin 1891.
Rassow: Besprechung von Staubs Kommentar zum HGB. 6. Auflage. Gruchot 43, 780 ff.
Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.
Rehbein: Allgemeiner Teil und Schuldrecht. Berlin 1899/1903.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Leipzig 1928.
Reinhold: Die Lehre vom Klaggrund, den Einreden und der Beweislast. Berlin 1888.
Römer: Die Beweislast hinsichtlich des Irrtums nach gemeinem Zivilrecht und Prozeß. Stuttgart 1852.
Römer: Das sog. qualifizierte Geständnis und die Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichtshöfe, namentlich des Reichsoberhandelsgerichts. Ziv.Arch. 62, 149 ff.
Rosenberg: Die Beweislast. Berlin 1923.
" Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis. Ziv.Arch. 94,1 ff.
Rosenthal: Komm. zum BGB. Berlin 1927.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1880/49.
Schmidt: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Leipzig 1906.
Seuffert: Besprechung von Leonhards „Beweislast" ZZP 35, 441 ff.

Seuffert: Besprechung von Pöschmann „Über die Natur des sogen. qualif. Geständnisses ..." in KrVJSchr. 5,340 ff.
Sieveking: Bedeutung des Satzes negantis nulla probatio. Göttinger Diss. 1889.
Stammler: Der Garantievertrag. Ziv.Arch. 69,1 ff.
„ Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Staub: Kommentar zum HGB. 6/7. Auflage. Berlin 1900. 14. Auflage. Berlin und Leipzig 1933.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1925/28.
Stein: Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. Tübingen 1928.
Stölzel: Schulung für die Zivilistische Praxis. Berlin 1930.
Strucksberg: Zur Frage der Beweislast bei der Stellvertretung. LZ 1912 Sp. 52 ff.
v. Tuhr: Der Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts. München u. Leipzig 1914.
Wach: Beweislast nach dem BGB. ZZP 29, 559 ff.
„ Besprechung von Rosenbergs „Beweislast". JW 1925, 721 f.
„ Handbuch des deutschen Zivilprozesses.
Wächter: Pandekten. Leipzig 1880/81.
Weber: Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß mit Zusätzen von Heffter. Halle 1845.
Wedemeyer: Auslegung und Irrtum in ihren Zusammenhängen. Marburger Dissertation 1903.
Wetzel: System des ordentlichen Zivilprozesses. Leipzig 1878.
Wieruszowski: Handbuch des Eherechts. Düsseldorf 1900.
Windscheid: Pandekten. Düsseldorf 1873/87.
Wogatzki: Zur Frage der Beweislast bei der Stellvertretung. Judicium 1932 Sp. 333 ff.
Wolff: Die Beweislast für Verschulden. Marburger Dissertation 1927.
Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1856/59.
Ullmann: Einige Streitfragen aus dem Gebiet des gesetzlichen Güterrechts. Ziv. Arch. 92, 288 ff.

Inhalt

Erster Teil:

Die Umgrenzung des Themas.

Zweiter Teil:

Die Beweislastlehren.

Dritter Teil:

Die Anwendung der Beweislastlehren auf die Ergänzungsregeln.

Erster Teil

§ 1. Die Ergänzungsregel.

Besonders das Schuldrecht, aber auch die übrigen vier Bücher des BGB enthalten nachgiebiges Recht. In diesen Fällen hat es die Rechtsordnung den Parteien anheimgestellt, durch eigene Bestimmung ihre rechtlichen Beziehungen selbst zu gestalten[1]). Das nachgiebige Recht birgt aber die Gefahr in sich, daß die Parteien aus irgendwelchen Gründen von der ihnen gegebenen Möglichkeit eigener rechtlicher Gestaltung ihrer Lebensbeziehungen keinen Gebrauch machen. Hierbei würden das menschliche Zusammenleben hemmende Lücken entstehen. Um einen solchen den Zwecken der Rechtsordnung widerstrebenden Zustand auszuschließen, hat diese die Ergänzungsregeln[2]) geschaffen. Diese Regeln sollen die sonst entstehenden Lücken ausfüllen. Hierbei ist aber zu beachten, daß nicht immer dann, wenn ein gesetzlich mögliches Rechtsgeschäft nicht zustande kommt, auch eine Ergänzungsregel Platz greift. Wenn z. B. X von der ihm gesetzlich geschaffenen Möglichkeit, mit dem Y einen Vertrag zu schließen, keinen Gebrauch macht, so besteht kein Anlaß, daß eine Ergänzungsregel irgendwelche Rechtsbeziehungen zwischen X und Y erzeugt.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, wird bereits hier darauf hingewiesen, daß der Begriff Ergänzungsregel nicht mit dem Rosenbergschen Begriff der Ergänzungsnorm gleichbedeutend ist[3]).

In diesem Zusammenhang lassen sich zwei Hauptgruppen von Ergänzungsregeln erkennen[4]).

Die erste Hauptgruppe, in ihrem Umfang die entschieden kleinere, umfaßt alle Ergänzungsregeln, die Bestimmungen für solche Fälle treffen, in denen rechtsgeschäftliche Anordnungen *überhaupt nicht* getroffen sind. Für diese Rechtssätze dürfte die Bezeichnung *ganze Rechtsgeschäfte ersetzende Ergänzungs-*

1) Daubenspeck-Sattelmacher, Seite 29 Note 1.

2) dieser Ausdruck stammt von Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, Beweislast Seite 240 ff.; anerkannt auch von Daubenspeck-S. Note zu Seite 30 a. E.

3) Rosenberg Seite 128.

4) Enneccerus-Nipperdey § 45,III.

regeln angebracht sein. Diese Gruppe von Ergänzungsregeln ist durchaus eine Ausnahmeerscheinung. Nicht in allen Fällen, in denen von der Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Regelung kein Gebrauch gemacht worden ist, schaffen Ergänzungsregeln Rechtsverhältnisse. Vielmehr ist diese Art von Ergänzungsregeln nur dann anzutreffen, wenn es sich um besonders lebenswichtige Beziehungen handelt, bei denen der Gesetzgeber auf eine rechtliche Regelung nicht verzichten kann (z. B. Intestaterbrecht, gesetzliches Ehegüterrecht). Die Rechtsordnung begnügt sich in diesen Fällen schon damit, daß überhaupt eine rechtliche Regelung vorhanden ist. Nicht verlangt sie, wie beim zwingenden Recht, eine rechtliche Regelung bestimmten Inhalts (z. B. das persönliche Eherecht). Wichtig ist für den Gesetzgeber lediglich, daß eine rechtliche Regelung vorhanden ist; gleichgültig, ob dies die Regelung der Parteien oder die des Gesetzes ist, die dann Platz greift, wenn die andere fehlt.

Viel wichtiger und umfassender ist die zweite Hauptgruppe von Ergängungsregeln. Sie umfaßt Bestimmungen, die bereits getroffene rechtsgeschäftliche Anordnungen in gewissen Einzelpunkten ergänzen. Zweckmäßig wird diese Gruppe als Ergänzungsregeln für Rechtsgeschäfte bezeichnet. Im Gegensatz zur ersten Gruppe steht hier neben jeder gesetzlich möglichen rechtsgeschäftlichen Regelung eines Einzelpunktes für den Fall ihres Unterlassens eine Ergänzungsregel. Von einer solchen kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn gerade der Inhalt der Ergänzungsregel zum Inhalt der Parteivereinbarung gemacht worden ist, weil die Ergänzungsregel als subsidiäres Recht voraussetzt, daß hinsichtlich dieses Punktes eine Vereinbarung nicht getroffen worden ist[5]). Voraussetzung für die Anwendung einer Ergänzungsregel ist demnach das Nichtzustandekommen einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung. Diese Möglichkeit, eine die Ergänzungsregel verdrängende rechtsgeschäftliche Bestimmung zu treffen, beruht auf einem ermächtigenden Rechtssatz[6]). Dieser Satz ist insofern stärker als die Ergänzungsregel, als eine auf Grund dieses ermächtigenden Satzes getroffene rechtsgeschäftliche Bestimmung die Ergänzungsregel ausschließt. Verfehlt ist die Ansicht von der derogierenden Kraft des Parteiwillens[7]). Nicht im Gegensatz zur Rechtsordnung, sondern nur auf Grund derselben kann ein Rechtserfolg herbeigeführt werden. Ist eine entsprechende rechtsgeschäftliche Bestimmung getroffen, so ist der Tatbestand des ermächtigenden Satzes erfüllt. Festzuhalten bleibt, daß für die Ergänzungsregel das Vorhandensein eines entsprechenden ermächtigenden Satzes unerläßliche Voraussetzung ist. Der um-

---

5) Leonhard Seite 241.
6) Leonhard, Lehrbuch i. k. Sätzen, Seite 7; Eisele, Ziv. Arch. 69, 329; vgl. Betzinger III,144 f „Disponiernorm".
7) Brinz, Seite 110; dagegen Bülow, Ziv. Arch. 64,72.

gekehrte Satz, daß hinter jedem ermächtigenden Satz auch eine Ergänzungsregel steht, kann nur hinsichtlich der Ergänzungsregeln für Rechtsgeschäfte behauptet werden.

Es ist aber nicht immer leicht, den für den Bestand der Ergänzungsregel erforderlichen ermächtigenden Satz herauszufinden. Nur selten sind diese Sätze ausdrücklich im Gesetz aufgeführt[8]), meist stehen sie überhaupt nicht im Gesetz, sondern ergeben sich erst aus der Formulierung, Tragweite und Bedeutung der Vorschrift, die als Ergänzungsregel vermutet wird. Oft muß zu einem Umkehrschluß aus anderen zwingend erklärten Vorschriften gegriffen werden. Unter dem Gesichtspunkt, ob und wie stark der ermächtigende Satz in Erscheinung tritt, läßt sich eine ganze Skala von Ergängungsregeln aufstellen. Die nachfolgende Einteilung stimmt im wesentlichen mit der von Tuhr[9]) überein. Sie unterscheidet sich von dieser lediglich in der Anordnung der einzelnen Gruppen. Zwischen den Begründungen besteht ein sachlicher Unterschied nicht. Während v. Tuhr aus Formulierung und Tragweite der einzelnen Vorschriften deren ergänzende Natur ableitet, geht die hier vertretene Ansicht zunächst ebenfalls von dem Wortlaut und dem inneren Gehalt der einzelnen Vorschriften aus, schließt daraus auf das Bestehen eines ermächtigenden Satzes und beweist dann schließlich mit diesem das Bestehen einer Ergänzungsregel.

Nach dieser Einteilung wird die erste Gruppe von Ergänzungsregeln (z. B. §§ 1363 ff, 1924 ff, 2094 I,II) dadurch gekennzeichnet, daß neben der Ergänzungsregel der ermächtigende Satz ausdrücklich im Gesetz steht (z. B. §§ 1432, 1937, 2094 III), der positiv bestimmt, daß die Parteien eine von der Ergänzungsregel abweichende Regelung treffen können. Diese ermächtigenden Sätze finden sich entweder im gleichen Paragraphen (z. B. § 2094, III) oder aber auch in besonderen Vorschriften (z. B. § 1432).

Bei der zweiten Gruppe läßt sich der ermächtigende Satz noch verhältnismäßig leicht feststellen. Zwar ist dieser ausdrücklich im Gesetz nicht hervorgehoben, jedoch ist dieser leicht aus der als Ergänzungsregel erscheinenden Vorschrift zu erkennen. Den ermächtigenden Satz ergibt ein Nebensatz des Inhalts, daß die ergänzende gesetzliche Regelung dann nicht Platz greift, wenn von den Parteien etwas anderes vereinbart ist (z. B. §§ 514[1], 608). Oft wird auch dieser Nebensatz zu einem negativen Tatbestandserfordernis verkürzt (z. B. § 271), aus diesem läßt sich dann der ermächtigende Satz ermitteln.

Eine dritte Gruppe von Ergänzungsregeln erkennt man daran, daß andere Vorschriften im Gesetz als zwingend bezeichnet worden sind. Durch Umkehrschluß läßt sich dann der ermächtigende Satz ermitteln, daß abweichende Parteivereinbarungen, über die nicht als zwingend erklärten Vorschriften möglich sind (z. B. §§ 276, 476, 619).

8) Wedemeyer 7; Rosenberg 330.
9) v. Tuhr II,1 Seite 188 f.

Schwieriger lassen sich die Ergänzungsregeln der vierten Gruppe bestimmen. Äußerliche Anhaltspunkte dafür, daß es sich um Ergänzungsregeln handelt, sind nicht vorhanden. Weder aus der Formulierung der fraglichen Vorschriften noch aus einem Umkehrschluß läßt sich der für die Ergänzungsregel unbedingt notwendige ermächtigende Satz ableiten. Lediglich der innere Gehalt der betreffenden Vorschrift, Tragweite und Bedeutung derselben ergeben den ermächtigenden Satz, der abweichende Parteivereinbarungen ermöglicht (z. B. §§ 459 ff, 609 II).

In einer letzten Gruppe lassen sich Ergänzungsregeln zusammenfassen, die in ihrer äußeren Erscheinung Auslegungsregeln gleichen[10]) Es handelt sich hierbei um eine Reihe von Vorschriften, die den der Auslegungsregel eigentümlichen Ausdruck „im Zweifel" enthalten. Der innere Gehalt und ihre Tragweite lassen aber erkennen, daß es sich nicht um Auslegungsregeln, sondern um Ergänzungsregeln handelt (z.B. §§ 2164, II; 2169, III; 2069).

Diese letzte Gruppe von Ergänzungsregeln berührt sich stark mit den Auslegungsregeln. Aber auch ganz allgemein haben Ergänzungsregeln und Auslegungsregel mehrere Begriffsmerkmale gemeinsam[11]), sodaß eine genaue Umgrenzung des Themas eine scharfe Scheidung dieser beiden Erscheinungen fordert. Beide Sätze sind aushelfender Natur[12]). Sie greifen dann nicht Platz, wenn der abweichende Wille der Parteien fest steht[13]). Beide Sätze müssen als unerläßliche Voraussetzungen einen ermächtigenden Satz aufweisen können. Der Unterschied zwischen Ergänzungsregel und Auslegungsregel besteht darin, daß diese voraussetzt, daß von dem ermächtigenden Satz Gebrauch gemacht worden ist, während jene gerade umgekehrt fordert, daß der ermächtigende Satz von den Parteien unbeachtet geblieben ist. Die Auslegungsregel bestimmt den Inhalt eines unklar und mehrdeutig ausgedrückten Willens, während die Ergänzungsregel dann Platz greift, wenn ein Parteiwille nicht geäußert worden ist. Diese Wesensunterschiede zwischen Ergänzungs- und Auslegungsregel schließen es aber nicht aus, daß die gleiche Vorschrift je nach Lage des Einzelfalles Auslegungs- oder Ergänzungsregel sein kann (z. B. § 271).

Der vorstehenden Einteilung gebührt das Verdienst, für die Feststellung der ermächtigenden Sätze wertvolle Anhaltspunkte geliefert zu haben. Dem steht aber der Nachteil entgegen, daß es sich um eine rein formale Einteilung handelt, die es lediglich auf die äußerliche Erscheinung des ermächtigenden Satzes abstellt. Auch ist es unmöglich, mit dieser formalen Einteilung alle Ergänzungsregeln zu erfassen. So können z. B. Ergänzungsregeln des Ge-

10) v. Tuhr II,1 Seite 188.
11) Stammler, 57.
12) Leonhard, Lehrb. i. k. Sätzen 7.
13) Betzinger III 146 f.

wohnheitsrechts[14]) nicht in diese Einteilung eingegliedert werden. Gleiches gilt von einer Reihe von Ergänzungsregeln, die, ohne Gewohnheitsrecht zu sein, im Gesetz nicht unmittelbar aufgezeichnet sind. Bei diesen Vorschriften ist auch der dazugehörige ermächtigende Satz im Gesetz nicht erwähnt. Ein Beispiel für diese Art von Ergänzungsregeln läßt sich aus § 127 herleiten. Aus dieser Vorschrift folgt, daß die Parteien eine besondere Form dann vereinbaren können, wenn das Gesetz eine solche nicht zwingend vorgeschrieben hat (ermächtigender Satz). Aus der Vorschrift des § 127 in Verbindung mit dem gewonnenen ermächtigenden Satz ist aber weiter zu folgern, daß, wenn die Parteien von diesem ermächtigenden Satz keinen Gebrauch gemacht haben, das Geschäft ohne eine besonders gesetzlich hervorgehobene Form gültig ist (Ergänzungsregel). Ähnliches läßt sich hinsichtlich der Vorschriften über Bedingungen und Befristungen feststellen. Aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 158 ff läßt sich der ermächtigende Satz ableiten, daß die Parteien die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte von dem Eintritt einer Bedingung oder Befristung abhängig machen können. Dem entspricht dann die Ergänzungsregel, daß bei dem Nichtvereinbaren von Bedingungen oder Befristungen das betreffende Rechtsgeschäft von solchen frei ist. Die angeführten Beispiele ergeben die Notwendigkeit einer Einteilung der Ergänzungsregeln nach materiellen Gesichtspunkten. Leonhard[15]) teilt deshalb die Ergänzungsregeln in solche für die Gültigkeit, Wirksamkeit und für den Inhalt.

Ergänzungsregeln für die Gültigkeit sind selten. Hierher gehört als Beispiel die im Anschluß an § 127 BGB entwickelte oben besprochene Ergänzungsregel. Auf die strittige Frage, ob zwischen Wirksamkeit und Gültigkeit überhaupt ein Unterschied besteht, wird in § 11 dieser Arbeit eingegangen.

Zu den Ergänzungsregeln für die Wirksamkeit gehören die bereits oben aus den §§ 158 ff entwickelten Ergänzungsregeln. Ein weiteres Beispiel als Ergänzungsregel dieser Gruppe ergibt sich aus §§ 164 ff. Soweit das Rechtsgeschäft nicht höchstpersönlicher Natur ist, kann es auch mit Wirkung für und gegen Dritte abgeschlossen werden (ermächtigender Satz). Ist nicht besonders vereinbart, daß ein Dritter aus diesem Geschäft berechtigt und verpflichtet wird, so treffen die Wirkungen des Geschäfts lediglich den Abschließenden (Ergänzungsregel).

Die größte Gruppe in dieser Einteilung bilden die Ergänzungsregeln für den Inhalt. Hierher gehört z. B. der bekannte Satz, daß, wenn bei einem Kauf hinsichtlich des Preises nichts vereinbart worden ist, der übliche Preis zu zahlen ist. Ferner gehören hierher in der Hauptsache die Ergänzungsregeln, welche die einzelnen Modalitäten der Leistung betreffen (z. B. §§ 243, 269, 271, 272 uff.).

14) daß solche Ergänzungsregeln bestehen, s. von Knieriem 7, 100, 123.
15) Leonhard Seite 274.

Auch diese Einteilung kann nicht restlos befriedigen, weil in ihr die ganze Rechtsgeschäfte ersetzenden Ergänzungsregeln nicht berücksichtigt worden sind. Zur Vervollständigung ist es deshalb geboten, die bestehende Dreiteilung durch Hinzunahme der ganze Rechtsgeschäfte ersetzenden Ergänzungsregeln zu erweitern.

§ 2. Die Beweislast.

Auf das Wesen der Beweislast soll nur insoweit eingegangen werden, als dies eine genaue Umgrenzung des Themas erfordert. das Wesen der Beweislast ist umstritten[16]). Nach richtiger Ansicht ist zunächst von der Beweislast die Behauptungslast zu scheiden[17]). Nur Tatsachen, nicht Rechtssätze[18]) können Gegenstand der beiden Lasten sein. Es muß sich dabei um rechtserhebliche Tatsachen handeln, das heißt um solche, die geeignet sind, eine Voraussetzung der in Anspruch genommenen Rechtswirkung zu bilden. Eine solche Tatsache wird für die Beweislast erst dann erheblich, wenn sie im Prozeß behauptet worden ist, aber nicht bewiesen werden konnte. Nach richtiger Ansicht ist die Beweislast – wie ihr Name sagt – eine Last[19]), keine Pflicht. Sie stellt sich dar als eine praktische Notwendigkeit zur Verhütung der Abweisung der Klage[20]). Sie stellt keine Regeln auf, wer einzelne Tatsachen beweisen muß. Ist eine behauptete rechtserhebliche Tatsache bewiesen, so ist es gleichgültig, welche Partei diese Tatsache bewiesen hat[21]). Bleibt aber eine Tatsache unbewiesen und somit das erforderliche Beweisergebnis unvollständig, dann ist es Aufgabe der Beweislast, zu entscheiden, welche Parteien weiteren Beweisstoff hätte beibringen müssen, um eine ihr nachteilige Entscheidung zu verhüten[22]). Leonhard[23]) sagt deshalb mit Recht, die Beweislast regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Die Beweislast entspringt der begründeten Forderung, daß da auch bei einem "non liquet" des Richters dennoch eine Entscheidung ergehen muß.

Von einigen Schriftstellern[24]) wird die Wichtigkeit der Beweislast verkannt, indem sie sich auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung berufen. Dieser Grundsatz ermögliche es dem Richter, sich „durch ein verständiges Walten über die ganze Lehre von der

16) Meyerhoffer, Z. f. Schweiz. R. 44, 316.
17) Maxen 64; Reinhold 21; Leonhard 168.
18) ausgenommen § 293 ZPO.
19) Rosenberg 67 ff; Sieveking 3.
20) Fitting, ZZP 13,17 f; Kreß 15 ff.
21) Leonhard 133; Sieveking 4; Weber 130; Schmidt 476 Anm. 1.
22) so treffend RG in LZ 1932 Sp. 306 Nr. 3 und 1930 Sp. 976 Nr. 15; S.A. 44 Nr. 144.
23) Leonhard 128.
24) v. Bar 36 ff; Kohler 114 f.

Beweislast hinwegzusetzen"[25]). Dieser Fehlschluß[26]) beruht auf einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Beweislast und Beweisführungslast. Diese würdigt den konkreten Prozeß darauf, was zu Gunsten der einen oder anderen Partei bereits an Beweisen vorgebracht worden ist, jene stellt abstrakt generelle Regeln für die Fälle der Beweislosigkeit auf.

Auch durch die Neufassung der ZPO vom 27. 10. 1933[27]) — in Kraft seit dem 1. 1. 1934 — ist die Beweislast weder beseitigt noch in ihrer Bedeutung gemindert worden. Diese Gesetzesreform behandelt u. a. eine Neugestaltung der Beweismittel und der Beweisaufnahme, nicht aber eine solche der Beweislast. Dies mußte auch schon deshalb unterbleiben, weil es die Zuständigkeit eines Prozeßgesetzes überschreitet, die materiellrechtliche Frage der Beweislast zu behandeln[28]). Wenn nach § 447 ZPO n. F. die Parteien die Vernehmung der beweisbelasteten Parteien vereinbaren können oder wenn nach § 448 ZPO n. F. das Gericht ohne Rücksicht auf die Beweislast eine Parteivernehmung anordnen kann, so enthalten diese Vorschriften lediglich Bestimmungen über die richterliche Beweisführung. Keineswegs darf aus ihnen geschlossen werden, daß durch sie die Beweislast beseitigt oder in ihrer Bedeutung gemindert worden sei. Es muß vielmehr das Gegenteil angenommen werden, daß sich nach dem 1. 1. 1934 die Zahl der Beweislastentscheidungen erheblich vergrößern wird. Durch die neue Gesetzesreform ist das wichtigste mit formeller Beweiskraft ausgestatiete Beweismittel, der Parteieid, beseitigt worden und an seine Stelle die Parteivernehmung getreten. Nach § 553 ZPO n. F. hat das Gericht das Ergebnis in freier Beweiswürdigung festzustellen. Hierbei kann sich die Möglichkeit ergeben, daß das Ergebnis der Parteivernehmung zur Bildung einer richterlichen Überzeugung nicht ausreicht. Ein Ergebnis, das vor dem 1. 1. 34 deshalb unmöglich war, weil durch die Ableistung des Eides nach § 463 ZPO a. F. der volle Beweis der beschworenen Tatsachen erbracht worden ist.

§ 3. Die Fragestellung.

Die vorliegende Arbeit geht von folgender Prozeßlage aus: Gegenüber einer Klage, die sich auf eine Ergänzungsregel stützt, ist eine diese ausschließende rechtsgeschäftliche Bestimmung behauptet worden. Keiner Partei ist der Beweis dafür gelungen, daß die betreffende rechtsgeschäftliche Bestimmung getroffen oder nicht getroffen worden ist.

25) so Kohler a.a.O.
26) so auch Rosenberg 76 f; Korsch 76 f; insbes. Wach, Kr. V. Schr. 14, 357 f und Sieveking 6; Brodmann Ziv.Arch. 98, 148.
27) RGBl. I 780 f.
28) Vgl. Prot. zur ZPO 201 ff; RG 9,339.

Aber **nur** für solche Fälle soll eine Beweislastenentscheidung getroffen werden, in denen die rechtsgeschäftliche Bestimmung **unmittelbar bei Abschluß des Rechtsgeschäfts** getroffen worden ist. Bei nach oder auch vor diesem Zeitpunkt getroffenen Bestimmungen muß derjenige die Beweislast tragen, der sich auf die betreffende Bestimmung beruft[29]). Das ergibt sich daraus, daß eine solche Bestimmung ein selbständiges Rechtsgeschäft ist, das von dem ursprünglichen in der Klage dargelegten zu trennen ist.

Da eine gesetzliche Regelung der Beweislast, von einigen Ausnahmevorschriften[30]) abgesehen, nicht erfolgt ist, haben sich eine Unzahl von Beweislastlehren herausgebildet. Nur die wichtigsten dieser Lehren sollen daraufhin untersucht werden, welche Antwort sie auf die oben gestellte Frage geben. Dies setzt voraus, daß zunächst allgemein auf die einzelnen Beweislastlehren und ihre Gründe eingegangen wird.

Als unbestritten kann der Grundsatz gelten, daß für die Entstehungstatsachen der Kläger, für die Aufhebungstatsachen der Beklagte die Beweislast trägt[31]). Bestritten ist, ob dieser Satz ausnahmslos gilt: ob der Kläger für **alle** Entstehungstatsachen, der Beklagte für **alle** Aufhebungstatsachen beweisbelastet ist[32]). Im Gegensatz zu der hier vertretenen Vollständigkeitslehre, die Ausnahmen von dem oben genannten Satz nicht zuläßt, nehmen die übrigen Lehren innerhalb des oben aufgestellten Rahmens eine Verteilung der Beweislast vor. Für die Verteilung kommen zwei Hauptgesichtspunkte in Frage: entweder bestimmt sich die Beweislastverteilung nach der Eigenart des zu beweisenden Themas (Themenverteilung) oder nach seiner Stellung im Tatbestand (Tatbestandsteilung[33]).

Wenn oben im Zusammenhang mit dem Beweislastgrundsatz von Kläger und Beklagten geredet wird, so ist diese Ausdrucksweise ungenau. Maßgeblich für die Beweislast ist nicht die Parteirolle, sondern wer behauptet, Träger eines Rechtes zu sein[34]). Da dies – abgesehen von der negativen Feststellungsklage – der Kläger ist, so soll an jener – wenn auch ungenauen – Ausdrucksweise festgehalten werden.

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung zur Beweislast herrscht arge Wirrnis, sodaß es oft schwer ist, einen Schriftsteller oder eine

29) RG 107, 406; RG. in Recht 1914 Nr. 1829; Rosenberg Seite 294; Leonhard 248 f. Reinhold 103.

30) §§ 282, 345, 358, 442, 542, 636, 2336.

31) Weber 86 f; Maxen 56; Betzinger 1 295 ff; Mosbacher 34; Rosenberg 113; Leonhard 39; vgl. RG. 9,339.

32) Lewin, Gruchot 69, 135.

33) Leonhard 41.

34) RG 9,339; 73,279; RG in Bayr. Rechtspflege 1928, 122; Meyerhoffer, Z.Schw.R. 44, 322; Meyerowitz, JW 1913, 237; Wetzel § 15.

Entscheidung als Vertreter einer bestimmten Lehre anzusprechen[35]). Oft stößt man auf die seltsame Feststellung, daß sich der gleiche Schriftsteller oder die gleiche Entscheidung mehreren Lehren unterordnen läßt.

Zweiter Teil

§ 4. Die Schlüssigkeitslehre.

Die Schlüssigkeitslehre muß deshalb als die schärfste Gegnerin der hier vertretenen Vollständigkeitslehre gelten, weil bei jener Lehre die Verteilung der Beweislast im Vergleich mit den übrigen Verteilungslehren am größten ist. Zwar soll auch nach dieser Lehre der Kläger für den Klaggrund, der Beklagte für den Einredegrund die Beweislast tragen. Die Abgrenzung dieser beiden Begriffe soll sich aber aus dem Merkmal der Schlüssigkeit ergeben. Da es sich bei dieser Lehre um die zur Zeit wichtigste Verteilungslehre handelt, ist mit ihr eine besonders eingehende und ausführliche Auseinandersetzung geboten[1]). Der Inhalt dieser Lehre läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Kläger die Beweislast nur für solche Entstehungstatsachen trägt, die zur vorläufigen Schlüssigkeit der Klage erforderlich sind[2]). Für das Einredevorbringen des Beklagten gilt Entsprechendes.

Bei der Untersuchung der Gründe, die für die Schlüssigkeitslehre angeführt werden können, ist immer zu beachten, daß diese Lehre eine besonders charakteristische Ausprägung der Minimallehre ist[3]). Aus diesem Grunde sind die für diese Lehre angeführten Gründe mitheranzuziehen.

Die Begründungen, die für diese Lehre gegeben werden, weichen stark voneinander ab. Wie bei allen Beweislastlehren, so spielt auch hier Billigkeit und Zweckmäßigkeit eine große Rolle[4]). Diesem Begründungsversuch ist entgegenzuhalten, daß diese Merkmale auch bei der hier vertretenen Vollständigkeitslehre auf Grund der später noch darzulegenden Beweisführungslast berücksichtigt werden. Verfehlt ist auch der Versuch[5]), die Minimallehre mit der Negativenlehre zu begründen; diese wird erst im folgenden Paragraphen behandelt werden. Als beachtlichsten Begründungsversuch der Lehre ist jener zu bezeichnen, der für die Beweislastverteilung die Rechts-

35) Gautschi 10; Rosenberg 13.

1) s. die Kritik des Leonhardschen Werkes, Arch. Bürg. Recht 25, 268.

2) so im Grunde Betzinger I, 295 ff; vgl. dazu Leonhard 90.

3) Kreß 35 ff; Fitting, ZZP 13,62 ff; Betzinger III,97 ff; Sieveking 40 ff; vgl. auch Leonhard 89 f.

4) Gerber 10 f; Maren 50; Unger II,451; Meyerhoffer, Z.Schw.R. 44,320.

5) Fitting, ZZP 13,20.

norm zum Ausgangspunkt wählt und die Rechtsordnung in ein System sich widerstreitender Normen auflöst[6]). In dieser Begründung läßt sich — wie später noch zu zeigen ist — die Umwandlung der Minimallehre in die Schlüssigkeitslehre erkennen. Rosenberg[7]), der Hauptvertreter dieser Lehre, formuliert das Prinzip der Beweislast zunächst dahin, daß jede Partei beweisbelastet sei bezüglich der tatsächlichen Merkmale eines bestimmten Rechtssatzes, ohne dessen Anwendung ihr Prozeßbegehren keinen Erfolg haben würde[8]). Gegen diesen Satz ist, wenn er richtig verstanden wird, nichts einzuwenden. Vor allen Dingen darf der Begriff des Rechtssatzes nicht zu eng im Sinne eines einzigen Paragraphen aufgefaßt werden[9]). Unter Rechtssatz ist vielmehr ein Normenkomplex zu verstehen, auf Grund dessen sich das Bestehen des Anspruchs ergibt. Dieser Normenkomplex wird dadurch hergestellt, daß jeder Grundnorm eine Reihe von Ergänzungsnormen zugeordnet wird. Hieraus erhellt, daß sowohl den Haupt- als auch den Gegennormen Ergänzungsnormen zugeordnet sein können[10]). Beweisbelastet für die Ergänzungsnormen ist immer derjenige, der für die dazugehörige Haupt- oder Gegennorm die Beweislast trägt[11]).

Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob diese Überbetonung eines Systems sich widerstreitender Normen im Gesetz gerechtfertigt ist[12]); ob diese Einteilung ohne weiteres ein Ergebnis des Gesetzes ist, oder ob nicht vielmehr der Zweck Vater des Gedankens war, für jene Beweislastlehre eine geeignete Grundlage zu schaffen. Diese Bedenken sollen zunächst ausgeschaltet werden. Voraussetzung der Kritik ist eingehendste Kenntnis ihres Objekts. Es soll deshalb zunächst im folgenden von der gegnerischen Grundlage ausgegangen werden. Dies läßt es zweckmäßig erscheinen, die von den Vertretern dieser Lehre gebrauchten Ausdrücke vorerst beizubehalten.

Von diesem Standpunkt aus gelangt man zu der wichtigen Erkenntnis, daß der eingeschlagene Weg die Grundnorm durch Ergänzungsnorm zu einem Normenkomplex zu erweitern, richtig ist. Der Fehler liegt aber darin, daß die Vertreter dieser Lehre den eingeschlagenen Weg nicht zu Ende gehen. Der Kreis zur Hauptnorm gehörigen Ergänzungsnormen wird viel zu eng gezogen. Zwar wird mit Recht von gegnerischer Seite darauf hingewiesen, daß die zur Hauptnorm gehörigen Ergänzungsnormen sich nicht nur auf die begriffsentwickelnden Vorschriften beschränken[13]). Welche Vor-

6) Betzinger III Seite 4 ff; Rosenberg 123 ff.
7) Rosenberg Seite 121 f.
8) so auch Betzinger I,297; RG in Seuff.A. 44 Nr. 70.
9) Betzinger I,156.
10) Rosenberg a.a.O.; Kreß 65 ff; Betzinger III,6.
11) Rosenberg 129; Betzinger a.a.O.
12) Vgl. Wach, ZZP 29,363; Hellwig, System I, 475; v. Tuhr II,1 S. 10.

schriften aber außer den begriffsentwickelnden Normen unter diese Ergänzungsnormen fallen, wird nicht ausgeführt.

Auf der andern Seite dehnen die Gegner den Begriff der Gegennorm auf Kosten der zur Hauptnorm gehörigen Ergänzungsnorm zu weit aus. Damit wird zu Unrecht die Beweislast des Beklagten zu Gunsten derjenigen des Klägers vergrößert. Richtig ist vielmehr, unter den Oberbegriff Gegennorm lediglich die anspruchsvernichtenden Normen zusammenzufassen. Falsch ist es, diesem Oberbegriff auch noch die sog. anspruchshindernden Normen zuzurechnen[14]).

Unter anspruchsvernichtender Norm versteht man eine solche, die später der anspruchsbegründenden entgegentritt und deren Rechtswirkung das bereits entstandene Recht wieder aufhebt[15]). Im Gegensatz hierzu sollen die sog. anspruchshindernden Normen von Anfang an die Entstehung des Anspruchs hindern[16]). Die Gegner rechnen diese Normenkategorie unter die Gegennormen. Nach der hier vertretenen Vollständigkeitslehre würden sie — in gegnerischer Terminologie gesprochen — unter die zur Hauptnorm gehörigen Ergänzungsnormen fallen[17]). Somit geht vom Standpunkt der Minimal- (Schlüssigkeits-) Lehre aus gesehen, der Streit um die Stellung und damit um die Beweislast der sog. anspruchshindernden Norm. Man streitet darüber, ob dieser Norm die selbständige Stellung einer Gegennorm oder die unselbständige Stellung einer zur Hauptnorm gehörigen Ergänzungsnorm zukommt[18]). Kürzer ausgedrückt: es geht um die Frage, ob das Vorbringen der unter die anspruchshindernden Normen subsumierbaren Tatsachen Einwendung oder Klagleugnen ist[19]).

Die Gegner bezeichnen das Anführen von unter anspruchsvernichtenden und sog. anspruchshindernden Normen subsumierbaren Tatsachen als Einwendung. Sie wählen dabei den richtigen Ausgangspunkt, indem sie feststellen, daß eine Einwendung immer nur dann vorliegen kann, wenn das Vorbringen des Beklagten mit dem Klaggrund vereinbar sei[20]), wenn also die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen nicht bestritten, sondern zugestanden und durch Hinzufügung neuer Tatsachen vermehrt worden sind.

Der Tatbestand der sog. anspruchshindernden Norm ist aber mit dem Klaggrund unvereinbar. Beruft sich z. B. der Beklagte auf Geschäftsunfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, so stellt er damit eine Voraussetzung der Begründetheit der Klage, nämlich die

13) Rosenberg 128 f.
14) Vgl. Rosenberg a.a.O.; Betzinger III,31.
15) Kreß 73; Betzinger III,30; Meyerhoffer 323.
16) Rosenberg 123; Betzinger a.a.O.; Meyerhoffer a.a.O.
17) Brodmann, Ziv.Arch. 98, 147
18) Wach, JW 1925, 722.
19) Groh, JW 26,2417; Kritik in Arch. Bürg. R. 25, 264.
20) Betzinger I,251 ff; Düringer II 182 ff; Rosenberg 122, 126; Fitting ZZP 13, 40 ff.

Gültigkeit des Vertrages, in Frage. Verteidigt sich der Beklagte damit, daß bei Vertragsschluß vereinbart worden sei, daß nicht er, sondern ein Dritter aus diesem Geschäft berechtigt und verpflichtet sei (Stellvertretung), so liegt darin ein Bemängeln der in der Klage geltend gemachten Wirkung. Gleiches gilt, wenn der Beklagte einer Klage auf sofortige Leistung, die „Einwendung" entgegensetzt, bei Vertragsschluß sei nicht sofortige Leistung, sondern eine solche nach einer bestimmten Frist vereinbart. In den angeführten Beispielen hat der Beklagte niemals die Klagetatsachen bejaht und lediglich eine neue Behauptung aufgestellt, die mit der vom Kläger vorgetragenen vereinbar sei, sondern der Beklagte hat vielmehr die wenn auch nicht unbedingt ausdrücklich behaupteten Klagetatsachen bestritten[21]). Die Behauptungen des Klägers und die des Beklagten sind kontradiktorische Gegensätze. Entweder war im fraglichen Zeitpunkt die Geschäftsfähigkeit der einen Vertragspartei vorhanden oder nicht; entweder schloß der Beklagte im eigenen Namen oder dem eines Dritten ab; entweder wurde hinsichtlich der Leistungszeit eine Frist vereinbart oder nicht. Es handelt sich in allen Fällen der sog. anspruchshindernden Normen niemals um eine Einwendung, sondern immer um ein Klagleugnen.

Angesichts dieser Beweisführung erscheint zunächst eine Begründung des gegnerischen Standpunkts unmöglich. Meist wird versucht, die gegnerische Auffassung damit zu rechtfertigen, daß der Klaggrund entsprechend eingeschränkt wird, sodaß außer der anspruchsvernichtenden Norm auch die sog. anspruchshindernde Norm als neues, mit dem Klaggrund zu vereinbarendes Vorbringen erscheint. Diesem Vorgehen liegt der für die Minimal- (Schlüssigkeits-) Lehre bezeichnende Gedanke zugrunde, daß es *nicht das konkrete Rechtsgeschäft, sondern das objektive Recht ist, das den Klaganspruch hat entstehen lassen*[22]). An den Abschluß des Rechtsgeschäfts als Voraussetzung knüpfe die Rechtsordnung eine Reihe von Rechtswirkungen (naturalia) an. Es soll deshalb genügen, wenn das einzelne Rechtsgeschäft „an sich", d. h. dessen wesentliche Bestandteile (essentialia) bewiesen werden. Jede vom normalen lediglich vom objektiven Recht bestimmten Geschäftsinhalt (naturalia) abweichende Parteivereinbarung (accidentalia) wird als Gegennorm angesehen. Die Beantwortung der Frage, was als normaler Geschäftsinhalt und was als Abweichung von demselben anzusehen ist, soll sich aus dem Prinzip der widerstreitenden Normen ergeben[23]). Man stellt sich dabei auf den Standpunkt, daß die einzelne Norm nur einer Partei günstig sein könne, und daß dieser Norm zu Gunsten der anderen Partei wieder eine neue Norm, die Gegennorm, entgegenwirke. Aus diesen

21) Stölzel XV f.
22) Rosenberg 294; vgl. auch Fitting ZZP 13,56.
23) Rosenberg 123 ff; Betzinger III,4 ff; Kreß 57 ff.

Erwägungen heraus wird die Gesamtheit der Rechtsätze in einander wiederstreitende Normen aufgelöst. Aber ein solches Prinzip läßt sich aus dem Gesetz nicht ableiten.

Schon der erste Beweisgrund, die Behauptung, daß jede Norm nur einer Partei günstig sein könne, ist verfehlt. Nicht selten wirkt eine Norm für beide Parteien günstig. So wirkt z. B. § 929 im Falle der Darlehnshingabe sowohl zu Gunsten des Gläubigers als auch zu Gunsten des Schuldners. Diesem verschafft sie das Eigentum an dem benötigten Geld, jenen sein Forderungsrecht auf Rückzahlung.

Die Günstigkeit als Verteilungsmerkmal ist aber auch mit dem Wesen der Beweislast unvereinbar. Die Anwendung dieses Merkmals hätte zum Ergebnis, daß es jeweils auf den konkreten Prozeß ankommt. Das Wesen der Beweislast ruht aber darin, daß sie als notwendige Ergänzung des Gesetzes genau wie dieses in abstrakt genereller Form die Folgen der Beweislosigkeit rechterheblicher Tatsachen darstellt. Die Berücksichtigung der Eigenart des Einzelprozesses muß der später noch dazulegenden Beweisführungslast vorbehalten bleiben.

Weiter wird versucht, den Gegensatz Norm-Gegennorm auf das Verhältnis der Regel zur Ausnahme[24]) zurückzuführen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß es sich hierbei nicht um eine Regel im Sinne der Statistik, sondern um eine juristische Regel handelt. Als Regel wird bezeichnet, was im Gesetz nicht besonders hervorgehoben ist, während die Ausnahme sich dadurch kennzeichnen soll, daß sie einige Merkmale mehr als die Regel enthält[25]). Diese Einteilung ist zu äußerlich. Oft ist es eine reine Zufälligkeit, daß der eine Satz als Regel oder als Ausnahme erscheint. Es muß beachtet werden, daß es sich bei dem Verhältnis Regel-Ausnahme immer nur um eine Art der Darstellung handelt, und daß, ohne den inneren Wert der Vorschriften zu berühren, auch umgekehrt die Regel im Gesetz scheinbar aus Ausnahme, die Ausnahme scheinbar als Regel erscheinen kann.

Auch aus dem Gesetzeswortlaut, insbesondere dem Satzbau, soll sich das Verhältnis Norm und Gegennorm ergeben. Dieser Begründungsversuch ist aber deshalb mißglückt, weil in vielen Fällen der Wortlaut zu dem entgegengesetzten Ergebnis führt[26]). So ergibt sich auf Grund des Wortlauts z. B. aus den §§ 271, 269, daß die Nichtbestimmung der Zeit bzw. des Ortes zur Beweislast des Klägers gehören. Die Eigenart der Formulierung ist in erster Linie durch darstellungstechnische Erwägungen bestimmt, sodaß aus ihr ein das ganze Gesetz beherrschender Gegensatz von Norm und Gegennorm nicht abgeleitet werden kann.

24) Rosenberg 123 ff; Betzinger III,6; Fitting ZZP 13, 51 ff.
25) Fitting a.a.O.
26) Vgl. Leonhard 86.

Nach dem Ausgeführten steht fest, daß nicht der Beklagte für die sog. rechtshindernde Norm, sondern umgekehrt der Kläger für deren Abwesenheit die Beweislast trägt. Die Lehre von der sog. rechtshindernden Norm läßt sich deshalb nicht aufrechterhalten. Das gewonnene Ergebnis, in gegnerischer Terminonologie ausgedrückt, lautet, dem Kläger die Beweislast für die rechtsbegründende und die Abwesenheit der rechtshindernden Norm, dem Beklagten die Beweislast für die rechtsvernichtende Norm.

Eine wirkliche Abgrenzung der einzelnen Teile des Tatbestandes läßt sich nur dadurch gewinnen, daß man als Klaggrund lediglich dasjenige betrachtet, was schon zur ersten Schlüssigkeit der Klage notwendig ist. In diesem Sinne ist der Übergang von der Minimallehre zur Schlüssigkeitslehre[27]) im wesentlichen nur eine neue Formulierung der bekämpften Minimallehre. Anstelle des Mindesttat tatbestandes wird der Beweis desjenigen Tatbestandes verlangt, der zur vorläufigen Schlüssigkeit der Klage genügt. Meist wird es sich dabei, wie bei der Minimallehre, um den Tatbestand der rechtsbegründenden Norm handeln. Bei beiden Lehren brauchen besondere Abreden über den Inhalt des Rechtsgeschäfts, über Bedingungen oder besondere Formen, Stellvertretung und dergl. (rechtshindernde Normen) vom Kläger weder behauptet noch bewiesen zu werden. Der Kläger braucht nur soviel vorzutragen, daß im Falle der Versäumnis des Beklagten gegen diesen ein Urteil gemäß § 331 ZPO ergehen kann. Dieser Tatsachenkomplex kann auch als prozessualer Klaggrund bezeichnet werden[28]). Er steht im Gegensatz zum materiellen Klaggrund. Aus den §§ 130, 253, 268 ZPO ergibt sich, daß jener prozessuale Klaggrund nur die Merkmale enthalten muß, die zu einer verständlichen Beschreibung des Prozeßinhalts erforderlich sind. Der materielle Klaggrund umfaßt dagegen alle zur Wirksamkeit der Klage erforderlichen Merkmale[29]). Diese Beschränkung des Klaggrundes auf die vorläufige Schlüssigkeit darf als Ergebnis prozeßökonomischer Erwägungen angesprochen werden. Die Klagschrift, die sich mit der Schilderung des prozessualen Klaggrundes begnügt, soll nur den Richter in den demnächst seiner Beurteilung unterliegenden Prozeß einführen, indem sie ihm eine verständliche Beschreibung des in Frage stehenden Rechtsvorgangs geben will. Deshalb kann auch alles das weggelassen werden, was stillschweigend dazu gedacht werden kann. So kommt es, daß oft gerade die wichtigsten und streitigsten Punkte aus nur zu verständlichen Gründen nicht in der Klagschrift aufgeführt werden. Nach der

27) Betzinger I,295 ff; vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatrecht I,2 S. 78; § 16, Einl. zu Pr.AGO vom 26. 4. 1781.

28) Leonhard 201.

29) zu weitgehend Kreß 8; Maren 62; Gerber 25; die mit Unrecht auch die Abwesenheit rechtsvernichtender Tatsachen zum materiellen Klaggrund rechnen.

Gegenansicht wäre die Folge hiervon, daß der Beklagte das Fehlende vortragen und auch beweisen müßte. So würde z. B. die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderliche Erfüllung einer besonderen Form, Vereinbarung einer besonderen Modalität der Leistung, Stellvertretung der Beweislast des Beklagten angehören. Da aber der durch die vorläufige Schlüssigkeit inhaltlich begrenzte prozessuale Klaggrund lediglich informatorischen Zwecken dient, kann er auch nicht zugleich Grundlage für die materiellrechtliche Beweislastverteilung sein. Aus prozeßökonomischen Erwägungen sollte es dem Kläger erspart werden, den gesamten materiellen Klaggrund in der Klagschrift aufzuführen, weil doch immerhin die Möglichkeit besteht, daß der Beklagte das Klagbegehren anerkennt oder die vorgetragenen Tatsachen derart zugesteht, daß eine weitere Substanzierung überflüssig ist.

Aber auch in ihren praktischen Ergebnissen führt die hier bekämpfte Lehre zu untragbaren Folgen. Ist ein Beklagter so ehrlich, den Abschluß des Vertrags zuzugeben und sich lediglich auf eine besondere innerhalb des Vertrags getroffene Bestimmung zu berufen, so steht er weit schlechter, als wenn er die Unehrlichkeit besessen hätte, einfach den gesamten Vertragsschluß zu leugnen. In diesem Falle würde dem Kläger die Beweislast treffen, während in jenem Falle der Beklagte das Zustandekommen der besonderen Abrede beweisen muß. Diese Lehre zwingt deshalb den Kläger, seine Angaben möglichst unvollständig zu machen, auf keinen Fall mehr vorzutragen, als unbedingt zur vorläufigen Schlüssigkeit der Klage erforderlich ist. Umsomehr mag dann der Beklagte in den Prozeß einführen und sich damit zugleich die Beweislast für sein Vorbringen aufladen. Wenn vielleicht noch vor dem 1. 1. 1934 über die Berechtigung der hier bekämpften Lehre gestritten werden konnte, so dürfte nach diesem Zeitpunkt endgültig zu Ungunsten der hier bekämpften Lehre entschieden sein. Die an diesem Tag in Kraft getretene Neufassung der ZPO verlangt in dem neugefaßten § 138,I nicht nur eine wahrheitsgemäße, sondern auch eine vollständige Darstellung des Tatsachenstoffes. Hiermit ist eine Beweislastlehre unvereinbar, die systematisch die Parteien zwingt, ihre Angaben unvollständig und damit nicht wahrheitsgemäß zu machen.

Das Endergebnis für die Schlüssigkeitslehre bleibt deshalb das gleiche, welches bereits am Ende der Untersuchung über die Minimallehre gefunden worden ist[30]). Es läßt sich mit Leonhard einfacher und klarer dahin formulieren, daß der Kläger für alle Entstehungstatsachen, der Beklagte für alle Tilgungstatsachen die Beweislast tragen muß.

Hierbei verdient die Feststellung Beachtung, daß sich die Schlüssigkeitslehre auf dem Rückzuge befindet. Während Betzinger

30) s. Seite 22 oben.

bei der Behauptung eines üblichen Kaufpreises in der ersten Auflage seiner Schrift[31]) dem Beklagten die Beweislast für eine bestimmte Preisabrede tragen ließ, hat er diese Ansicht in der dritten Auflage[32]) aufgegeben und dem Kläger die Beweislast für das Nichtzustandekommen einer Preisabrede auferlegt. In ähnlicher Weise hat Rosenberg seinen früher vertretenen Standpunkt[33]) aufgegeben, daß § 154,I eine Gegennorm enthalte und deshalb der Beweislast des Beklagten gehöre. Auch der Staubsche Kommentar zum HGB, der früher am entschiedensten die Schlüssigkeitslehre vertrat[34]), hat diese Lehre in der 14. Auflage restlos verlassen[35]).

§ 5. Die Negativenlehren.

Im Gegensatz zur Schlüssigkeitslehre ist die Negativenlehre heute wenig bedeutsam. Um so größer war ihre Bedeutung in der Geschichte. Ausgehend von den beiden Corpus-Juris-Stellen D 22,3,2 und C 4,19,23 kamen die Glossatoren zu dem Satz, daß Negativen nicht zu beweisen seien, daß vielmehr der Gegner die Positive darlegen müsse[36]). Aber auch in neuerer Zeit hat diese Lehre immer noch Verteidiger gefunden[37]). Wenn auch die jüngeren Vertreter dieser Lehre die Auffassung von der Unmöglichkeit des Negativenbeweises aufgegeben haben[38]), so wird immer noch die angebliche Schwierigkeit dieses Beweises als Beweisgrund für diese Lehre angeführt[39]). Die Behauptung von der besonderen Schwierigkeit läßt sich so wenig aufrechterhalten wie die von der Unmöglichkeit des Negativenbeweises. Richtig ist nur, daß der Beweis der Negative regelmäßig nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar geführt werden kann[40]). Daß ich an einem bestimmten Zeitpunkt nicht in X war, beweise ich damit, daß ich meinen Aufenthalt zur gleichen Zeit in N unter Beweis stelle. Sollten sich trotzdem bei einem Negativenbeweis besondere Schwierigkeiten ergeben, so wird es Sache der Beweisführungslast sein, regulierend einzugreifen[41]). Ausnahmsweise wird es auch vorkommen können, daß der Beweis einer Negative unmittelbar geführt werden kann[42]). So kann z. B. ein Zeuge bekunden, daß er eine bestimmte Wahrnehmung nicht gemacht hat.

31) Seite 352.
32) Seite 165 ff.
33) Rosenberg Seite 290.
34) 6. und 7. Auflage.
35) Anhang zu § 359 Anm. 3; § 360 Anm. 10; Vorbem. zu § 373 Anm. 85.
36) Accursius ad L. 23 C de prob. 4,19. zit. bei Mosbacher 15. dagegen Weber 104 ff; Leonhard 42.
37) Bech 56 ff; Martinius, Arch. B.R. 24,48 ff; 25,158; Fischer, Recht 09, 101 f; Bleckwenn, Recht 12,93.
38) Bech 58,71 ff insbes. 61 f; Martinius, Recht 03,12.
39) v. Canstein 11 Note 5; RG 54,373; 138, 125.
40) Rosenberg 368; Reinhold 11; Weber a.a.O.
41) so im Grunde Betzinger I, 366; Reinhold 102 a. E. und besonders RG in Seuff. A. 84 Nr. 190.
42) Borst 72, Leonhard 43; AA. Rosenberg 308.

Gegen die Negativenlehre spricht weiter das Bestehen einer Reihe von Rechtsvermutungen[43]), die sich für das Nichtbestehen eines Rechts aussprechen. Diese Vorschriften wären sinnlos, wenn eine Negative immer vom Beweise frei wäre. Auch selbst der Fall, daß der Beweis einer Negative sich als unmöglich erweist, kann für die bekämpfte Lehre deshalb nicht angeführt werden, weil das Wesen der Beweislast gerade darin ruht, daß Fälle entschieden werden können, in denen rechtserhebliche Tatsachen unbewiesen geblieben sind. Oft wird auch zur Begründung der bekämpften Lehre der Satz angeführt, daß ein bloßes Nichtgeschehen nicht kausal sei und als solches als Voraussetzung einer Rechtswirkung deshalb nicht in Betracht kommen könne[44]). Martinius[45]), der nicht vom Kausal- sondern vom Trägheitsgesetz ausgeht, begründet die Negativenlehre damit, daß der Nichteintritt von Tatsachen selbstverständlich sei. Beide Begründungsversuche gehen fehl. Sie übersehen, daß es der gesamte Tatbestand ist, an dessen Erfüllung die Rechtsfolge geknüpft ist, und daß es unmöglich ist, auch nur einen Teil des Tatbestandes als Ursache auszuscheiden[46]). Auch die Satzfassung der einzelnen Vorschriften ist für die Negativenlehre als Beweisgrund herangezogen worden[47]). Aus der Tatsache, daß das Wörtchen „nicht" in vielen Fällen nicht bei dem Prädikat sondern etwa bei dem den Satz einleitenden Wort „wenn" oder „soweit" steht, will man den Schluß herleiten, daß Negative nicht zu beweisen sind. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich fast eine ebenso große Anzahl von Fällen im Gesetz aufzeigen läßt, in denen das Wort „nicht" bei dem Prädikat steht, und die deshalb nach der hier bekämpften Auffassung einen Beweis der Negative erfordern würden[48]). Weiter ist zu beachten, daß die Eigenart der Satzfassung nicht von materiell- und beweislastrechtlichen Erwägungen, sondern von solchen der Darstellungstechnik beherrscht ist[49]). Es ist deshalb unmöglich, aus der Satzfassung irgend welche Schlüsse auf die Beweislast zu ziehen. Gegen die Negativenlehre spricht weiter, daß in allen Fällen, in denen die Negative nur einen kontradiktorischen Gegensatz zuläßt, das Behaupten der Negative immer zugleich auch das Behaupten einer Positiven enthält[50]). Wird z. B. Minderjährigkeit verneint, so wird damit zugleich die Behauptung einer Positiven, der Volljährigkeit, aufgestellt. Hieraus ergibt sich, daß für alle Fälle kontradiktorischer Gegensätze sich die Negativenlehre nicht anwenden läßt, da eine Negative in Wirklichkeit nicht gegeben ist. Auch die ver-

43) §§ 891, II; 1006, 2009, 2365. z. B.
44) Kori, Ziv.Arch. 8,91; Bechh, 59; Fitting, ZZP 13,18.
45) Arch. f. B. R. 24,49.
46) Leonhard 44; vgl. Rosenberg 369 f.
47) Bechh 64.
48) s. die reichhaltige Kasuistik bei Leonhard 44 ff.
49) Leonhard, JW 1933, 1271.
50) Reinbold 8; Sieveking 21; Leonhard 47 f; vgl. Heffter bei Weber 226.

schiedenen Versuche, dieses Hindernis zu beseitigen, sei es durch die Unterscheidung in realverneinende und realbejahende Tatsachen[51]) oder sei es durch die Auffassung[52]), die bessere Seite als positiv, die schlechtere als negativ anzusehen, müssen als gescheitert angesehen werden. Beckh[53]), der ebenfalls diese Schwierigkeit zu überwinden trachtet, glaubt sie mit dem Hinweis ausräumen zu können, daß sich zwar nicht aus dem Wortlaut, aber immer aus dem inneren Sinn ergeben würde, ob eine Negative gegeben ist. Aber auch dieser Weg ist nicht gangbar. Danach verbleiben als wirkliche Negative nur Verneinungen, die mehrere Gegensätze offen lassen: die konträren Gegensätze. Aber auch in diesen Fällen läßt sich die bekämpfte Lehre nicht durchführen. Regelmäßig kann gerade der Beweis der Negative nur durch den Beweis einer Reihe von Positiven geführt werden[54]). So kann z. B. der Beweis der mangelnden geistigen Gesundheit nur durch den Nachweis einer Reihe von Handlungen geführt werden, aus denen auf die mangelnde geistige Gesundheit geschlossen werden kann. Wie jeder Themenverteilung, so muß auch der Negativenlehre gegenüber eingewandt werden, daß für die Beweislastverteilung nicht die abstrakte Eigenart des Themas, sondern dessen Stellung im Tatbestand maßgeblich ist.

§ 6. Die Satzbaulehre.

Im Grunde sind es immer die gleichen Beweisgründe, die die einzelnen Verteilungslehren zur Rechtfertigung ihres Ergebnisses heranziehen. So suchen fast alle Lehren u. a. mit dem Verhältnis der Regel zur Ausnahme ihre Ergebnisse zu begründen. Und wie sich schließlich in diesem Zusammenhang eine Lehre entwickelt hat, die die Beweislastverteilung lediglich auf diesen Beweisgrund stützen will, die Regelausnahmelehre, so erscheint es fast als Notwendigkeit, daß sich die Satzbaulehre herausgebildet hat, die ihre Beweislastverteilung in erster Linie auf den vielherangezogenen Beweisgrund des Satzbaues gründen will. Diese Lehre, die besonders seit dem Erlaß des BGB größere Verbreitung gefunden hat[55]), stützt sich auf eine Bemerkung des zuständigen Referenten der Kommission für die zweite Lesung, daß grundsätzlich aus der Fassung der Rechtsnormen die Verteilung der Beweislast zu entnehmen sei[56]). Durch diese Bemerkung ist aber die Richtigkeit der Satzbaulehre erst dann erwiesen, wenn – was noch zu prüfen ist – diese Absicht der Gesetzesverfasser auch im Gesetzeswerk selbst ihren Niederschlag

51) s. Fitting ZZP 13, 50 ff.
52) Fischer, Recht 09, 103.
53) Beckh S. 58 a. E.
54) Leonhard 48, bes. auch Stölzel 61.
55) Planck, Komm. Einl. LIV ff; Rosenthal, Komm. XV ff Küntzel, Gruch. 40,358; Düringer, Recht 05,577 ff RG 57,49; RG in Warn. 1921 Nr. 150; Gruch. 56, 357; OLG Stuttgart in Recht 1915 Nr. 1995.
56) Prot. VI, 384.

gefunden hat. Bedenken gegen die Gültigkeit der Lehre ergeben sich bereits bei der Feststellung, daß kein Vertreter dieser Lehre es wagt, für diese den Ausschließlichkeitsanspruch zu erheben[57]); daß selbst Planck[58]), der diese Lehre am folgerichtigsten vertritt, erklärt, daß neben den aus dem Satzbau gewonnenen Ergebnissen auf eine wissenschaftliche Begründung des Beweislastproblems nicht verzichtet werden kann.

Im einzelnen werden folgende Hauptregeln vorgetragen[59]). Besondere selbständige Sätze, die z. B. mit dem Wort „ausgeschlossen", „ausgenommen" oder mit der Wendung „dies gilt nicht" beginnen gelten als Einschränkung der Regel und sind deshalb von demjenigen zu beweisen, der sich auf diese Einschränkung beruft[60]). Die gleiche Beweislastverteilung trifft diese Lehre für solche Fälle, in denen die Einschränkung der Regel durch einen Nebensatz mit der einleitenden Wendung „es sei denn, daß" bezeichnet wird[61]). Dagegen liegt eine Erweiterung des Kreises der Voraussetzungen für die gesetzliche Regel vor, wenn dem Regelsatz ein Bedingungssatz mit dem Einleitungswort „wenn", „sofort" oder „somit" angefügt worden ist[62]). Die Beweislast soll dann derjenige tragen, der sich auf die Regel beruft; auch für die in dem Zusatz befindlichen Tatsachen. Die Beweislast für die Tatsachen des Zusatzes könne sich aber umkehren, wenn dieser zusätzliche Bedingungssatz eine Negative enthält. Es komme hierbei auf die Stellung des Wortes „nicht" an. Ausschlaggebend soll sein, ob das Wort „nicht" unmittelbar hinter dem den Bedingungssatz einleitenden „wenn" „sofern", „somit" oder „solange" steht, oder ob es weiter hinten im Satze steht. In diesem Fall[63]) soll es sich um eine Regelerweiterung handeln, mit deren Tatsachen derjenige beweisbelastet sei, der die Regel in Anspruch nimmt, während in jenem Fall[64]) eine Einschränkung vorliegen soll, die derjenige zu beweisen habe, der sich auf diese beruft. Dem letzten Fall gleich zu behandeln seien solche, bei denen zwischen dem bedingenden Wort „wenn", „sofern", „somit", „solange" einerseits und dem „nicht" andererseits das persönliche Fürwort „er", „sie", „es" oder das Wort „sich" eingeschoben hat.

Gegen eine auch nur beschränkte Geltung der Satzbaulehre ist einzuwenden, daß die von der Kommission zur zweiten Lesung verkündete Absicht, durch Satzfassung die Beweislastverteilung zu bestimmen, im Gesetz nicht verwirklicht worden ist. Es ist das Ver-

57) Vgl. Rosenberg 154; Meyerowitz, JW 1913, 244;
58) Planck, Komm. LVIII.
59) für das folgende siehe Planck, Komm. LIV ff.; Düringer a.a.O.; Rosenthal a.a.O.
60) z. B. §§ 112,I,2; 111,3; 247.
61) z. B. §§ 932 I,1; 1822 Ziff. 12.
62) z. B. § 109,2.
63) z. B. §§ 171, 216,II; 229, 735, 936,II; 1321, 1926, 2078,I; 2288.
64) z. B. §§ 18,II; 181, 264,I; 273,I; 375; 77, 867, 1345, 1351, 2050,I.

dienst von *Leonhard*, nachgewiesen zu haben, daß für durchaus gleichartige Ansprüche sich auf Grund der Satzfassung die entgegengesetzten Beweislastentscheidungen ergeben[65]). Im Grunde geht die Lehre auf das Verhältnis der Regel zur Ausnahme zurück, das sie aus der Fassung der Nebensätze, Stellung der Negativen „nicht" u. ä. feststellen will. Mit Recht ist es aber abgelehnt worden[66]), daß durch eine schablonenhafte Fassung der Rechtssätze, durch Stellung der Negativen dieses Verhältnis und damit die Beweislast vom Gesetzgeber festgelegt worden sei. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob überhaupt sich der Gegensatz Regel und Ausnahme aus dem Gesetz rechtfertigen läßt. Es muß vielmehr daran festgehalten werden, daß es Erwägungen der Zweckmäßigkeit und des Sprachgefühls waren, die die Fassung der Rechtssätze bestimmt haben. Die Richtigkeit einer Lehre ergibt ihre praktische Verwertbarkeit. Im dritten Teil dieser Arbeit wird der Nachweis geführt werden können, daß diese Lehre in entscheidenden Fragen versagen muß. Man stelle sich ferner vor, ein Anwalt macht seinem Mandanten, einem einfachen Volksgenossen, klar, der Prozeß sei deshalb verlorengegangen, weil in dem negativen Konditionalsatz die Negative „nicht" nicht bei dem Prädikat, sondern direkt hinter dem Konditionalwort „wenn" steht!

Andererseits wäre es falsch, dem Satzbau der Einzelvorschrift jede Bedeutung im Rahmen der Beweislastfrage abzusprechen. Meist ergibt sich aus ihm die Anregungslast, die den Gegner des Beweisbelasteten trifft[67]). Aus prozeßökonomischen Erwägungen soll die beweisbelastete Partei *zunächst* nicht gehalten sein, sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen anzuführen[68]), weil die Möglichkeit besteht, daß der Gegner den Anspruch anerkennt oder unter Verzicht auf neues tatsächliches Vorbringen die vorgetragenen Tatsachen zugesteht. So wird in den Fällen, in denen der Satzbau auf eine Ausnahme deutet, der Kläger sich auf das Behaupten der Regelvoraussetzungen beschränken dürfen. Macht demgegenüber der Beklagte eine Ausnahme geltend, so muß das Nichtvorhandensein der Ausnahme vom Kläger dann bewiesen werden, wenn es eine Entstehungstatsache für den geltend gemachten Anspruch ist.

---

65) siehe dessen aufschlußreiche Kasuistik Seite 111 f.
66) Kisch ZZP 30,535; Wach, ZZP 29, 374 ff.
67) Leonhard 114.
68) so im Ergebnis RG in Gruchot 29,729 ff.

§ 7. Die Regelausnahmelehre.

Der Gegensatz der Regel zur Ausnahme spielt bei allen Verteilungslehren eine große Rolle[69]). Während die übrigen Lehren diesen Gegensatz nur zur Begründung heranziehen[70]), versucht die im folgenden darzustellende Lehre, ihr Verteilungsprinzip lediglich aus diesem Gegensatz heraus zu rechtfertigen. Inhalt dieser Lehre ist, daß *die Ausnahmetatsachen jeweils von dem zu beweisen sind, der sich auf die Ausnahme beruht*[71]). Diese Regel ist aber erst dann brauchbar, wenn bekannt ist, nach welchen Gesichtspunkten sich die Gegensatz der Regel zur Ausnahme bestimmt. Hierbei ergeben sich verschiedene Möglichkeiten. Die Regel kann in dem zahlenmäßig häufigeren, die Ausnahme in dem zahlenmäßig selteneren Fall gesehen werden. Diese Auffassung wird aber mit Recht weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung vertreten. Eine Beweislastverteilung auf dieser Grundlage würde zu dem entgegengesetzten Ergebnis führen, das man anstrebt. Zweifelsohne sind Verträge, die außer den wesentlichen Bestandteilen noch besondere Vereinbarungen enthalten, die z. B. bedingt oder befristet sind, die in fremdem Namen abgeschlossen sind, in der Mehrzahl; also Regel im dargelegten Sinne. Das seltener vorkommende unbefristete, unbedingte im eigenen Namen abgeschlossene Geschäft müßte dann als Ausnahme angesehen werden!

Unter der Regel kann aber auch das Wahrscheinlichere, unter der Ausnahme das Unwahrscheinlichere verstanden werden[72]). Dieser Begriffsbestimmung ist entgegenzuhalten, daß sie es hierbei auf die Lage des Einzelfalles abstellt. Dies ist aber mit der Beweislast als einer abstrakt generellen Rechtsregel unvereinbar. Die Wahrscheinlichkeit und damit die Eigenart des Einzelfalles darf nur von der später noch darzulegenden Beweisführungslast befacher und klarer dahin formulieren, daß der Kläger für alle Entrücksichtigt werden.

Wesentlich exakter ist der Versuch einer Reihe von Schriftstellern[73]), das Verhältnis der Regel zur Ausnahme aus dem Gesetz abzuleiten. Damit berührt sich diese Lehre mit der herrschenden Lehre, der Kausallehre, die heute auch als Regel-Ausnahme-Lehre bezeichnet werden muß. Die Bezeichnung Regel-Ausnahme-Lehre kommt der herrschenden Lehre zu, wenn man ihr Ergebnis, die Bezeichnung Kausallehre, wenn man ihren Ausgangspunkt betrachtet. Zwischen der oben geschilderten Regelausnahmelehre und

69) Leonhard 56.
70) z. B. die Schlüssigkeitslehre: Rosenberg 123 ff; Betzinger III,1 ff; Kreß 57 ff.
71) Bethmann-Hollweg 335; Römer 17; Wetzell § 17.
72) Vgl. hierzu Fischer, Recht 09 Sp. 103;
73) Reinhold Seite 38 ff; Regelsberger 696; Savigny V § 225.

der gleichen Lehre der herrschenden Meinung besteht aber ein grundlegender Unterschied. Die Lehre der herrschenden Meinung geht von dem Grundsatz der Tatbestandsteilung aus, während die erste Regel-Ausnahme-Lehre von dem Gesichtspunkt der Thementeilung bestimmt wird. Dieser Lehre ist deshalb der gleiche Einwand entgegenzusetzen, der bereits gegen die Negativenlehre erhoben worden ist, daß nicht die Eigenart eines Beweisthemas, sondern nur dessen Stellung im Tatbestand für die Beweislastenentscheidung maßgeblich sein kann. Weder in Rechtslehre noch Rechtsprechung lassen sich die beiden Ansichten reinlich trennen. Im Rahmen dieser Arbeit soll aber eine scharfe Trennung der beiden Ansichten durchgeführt werden. Nicht nur einer klaren Darstellung wegen, sondern vielmehr deshalb, weil die kausale Regel-Ausnahme-Lehre die einzige Form ist, in der die Kausallehre heute noch bedeutsam ist. Diese Lehre[74]) will die Beweislast nach der kausalen Wirkung der Rechtsvoraussetzungen bestimmen. Nur die für den Rechtserfolg ursächlich wirkenden Tatsachen sollen vom Kläger bewiesen werden. Bei dieser Formulierung kann es sich im Hinblick auf die Kausalität nur um ein Bild handeln, da es eine wirkliche Kausalität nur in der realen Welt gibt[75]). Von diesem Einwand abgesehen, ist der dieser Lehre zugrundeliegende Gedanke richtig. Wenn das Gesetz an einen Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft, dann ist für diese Rechtsfolge der gesamte Tatbestand „kausal". Alle Tatbestandselemente werden deshalb zur Beweislast desjenigen gehören, der die betreffende Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt. Aber kein Vertreter wagt es, die Kausallehre mit dieser erforderlichen Folgerichtigkeit durchzuführen[76]). Vielmehr ist ihr Streben zu Unrecht darauf gerichtet, aus dem großen Kreis aller Rechtsvoraussetzungen einen kleineren Kreis angeblich allein ursächlich wirkender Voraussetzungen auszuscheiden. Und nur die diesem Kreis unterfallenden Tatsachen sollen von demjenigen bewiesen werden, der das Recht in Anspruch nimmt. Auf verschiedensten Wegen wird versucht, den beweisbedürftigen Tatbestand vom Gesamttatbestand abzugrenzen. So wird Beweis z. B. lediglich für die „wesentlichen", „unmittelbaren' Tatsachen verlangt[77]). Am häufigsten wird der Beweis für die „regelmäßig wirkenden" Tatsachen gefordert[78]). Hierbei muß der Begriff der Regel als die sich aus dem Gesetz ergebende Regel aufgefaßt werden[79]). Vom Gesamttatbestand wirkt ursächlich nur

74) Wetzell § 15 f; Gerber 10 ff; Sieveking 20 ff; Reinhold 30; RG 7,47; OG Wolfenbüttel in S.A. 34, Nr. 160.

75) Leonhard 68; Brodmann, Ziv.Arch. 98,141.

76) selbst Stölzel (zit. bei Leonhard Seite 259), der in der Frage der Geschäftsunfähigkeit seinen richtigen Standpunkt aufgibt.

77) vgl. Leonhard 76.

78) Enneccerus 216; Hellwig System I 475; Wach, Handb. I, 226; Cosack 1, 126; OLG Rostock in OLG 1, 110 f.

79) Reinhold 38 ff; Endemann I, 498; Planck, Lb. II, 168, Rosenberg 150 ff.

was der gesetzlichen Regel unterfällt. Von dieser Regel ist die Ausnahme zu scheiden, die im Gegensatz zu jener eins oder mehrere besondere Merkmale besitzt[80]). Nur dieser eingeschränkte Tatbestand sei von demjenigen zu beweisen, der das Recht in Anspruch nimmt. Aber bereits bei der Schlüssigkeitslehre wurde gezeigt, daß das Verhältnis der Regel zur Ausnahme nur ein Ergebnis äußerer darstellungstechnischer Erwägungen ist. Die materiell-rechtliche Beweislastregelung kann ihm deshalb nicht entnommen werden.

§ 8. Die Vollständigkeitslehre.

Sämtliche bis jetzt behandelten Verteilungslehren haben ein richtiges und brauchbares Ergebnis nicht aufweisen können. Diese Tatsache ließ namhafte Schriftsteller auf die Aufstellung einer allgemein gültigen Beweislastregel verzichten[81]). Eine solche allgemeingültige Beweislastregel aufzustellen, mußte der Leonhardschen Vollständigkeitslehre vorbehalten bleiben. Im Gegensatz zu allen Verteilungslehren bestimmt sie ihre Beweislastregel dahin, daß der Kläger für sämtliche Entstehungstatsachen, der Beklagte für sämtliche Vernichtungstatsachen die Beweislast trägt[82]). Als Grundsatz wird diese Regel auch von den Verteilungslehren anerkannt[83]) Der Unterschied liegt aber darin, daß diese Lehren die oben genannte Regel durch nach verschiedensten Gesichtspunkten bestimmte Ausnahmen durchbrechen, während die Vollständigkeitslehre für ihren Beweislastgrundsatz ausnahmslose Geltung beansprucht. Soweit allerdings eine ausdrückliche gesetzliche Beweislastregelung vorliegt[84]), geht diese der allgemeinen Beweislastregel vor.

Die Behauptung[85]), die Vollständigkeitslehre sei der herrschenden Lehre zuzurechnen, ist nur bedingt richtig. Die herrschende Lehre, die in der Regel Ausnahmelehre ihren Niederschlag findet, hat mit der Vollständigkeitslehre lediglich den Ausgangspunkt gemeinsam, daß die anspruchsbegründenden Tatsachen den Klaggrund bilden. Die herrschende Lehre setzt sich aber zur Vollständigkeitslehre insofern in einen scharfen Gegensatz, als sie nicht alle, sondern nur die regelmäßig wirkenden Entstehungstatsachen dem Klagegrund zurechnet.

Da die Beweislast die unbedingt erforderliche Ergänzung des materiellen Rechts — also ebenfalls materiellrechtlicher Natur — ist, gehören zur Beweislast des Klägers alle rechtserheblichen Tat-

80) Fitting ZZP 13,51.
81) Kisch, ZZP 30,536; Schmidt 477; Gautschi 11 f. Fischer, Recht 09 Sp. 103; Hedemann 146 f.
82) Leonhard 162 ff., Korsch 19,40; Diemer 18 ff., Wolff 10 ff.
83) siehe oben Seite 16 Anm. 31.
84) §§ 179, 282, 345, 358, 363, 442, 542, 111, 636, II, 2336.2; 2338.2.
85) Stölzel VII.

sachen, die zur Entstehung des Rechts überhaupt notwendig sind. Diese Entstehungstatsachen umfassen die Tatbestände, aus denen sich die beanspruchte Rechtswirkung ergibt. Der Kläger nimmt nicht das gegenwärtige Bestehen eines Rechts[86]) in Anspruch, sondern er beruft sich nur auf das Eintreten einer bestimmten Rechtswirkung[87]). Diese gründet sich auf einen Rechtsbefehl, dessen Inhalt identisch ist mit dem Inhalt des klägerischen Klagebegehrens. Dieser Rechtsbefehl schafft einen Zustand, der solange besteht, bis ein neuer Rechtsbefehl als neue selbständige Gegenwirkung den bereits geschaffenen Zustand wieder aufhebt. Aber der neue Rechtsbefehl, auf Grund dessen die Gegenwirkung eintritt, kann erst dann eingreifen, wenn der vorhergehende Rechtsbefehl, der die Angriffswirkung enthält, bereits beendet ist[88]). Auch für die herrschende Lehre gilt diese zeitliche Reihenfolge der Wirkungen, gerade hierdurch unterscheidet sich diese von der Schlüssigkeitslehre, die bei den heißumstrittenen sog. rechtshindernden Normen an dieser Erkenntnis deshalb vorbeigeht, weil sie ihre Beweislastverteilung auf das verfehlte Prinzip der sich widerstreitenden Normen aufbaut.

Eine Beweislastenentscheidung kann immer eine gewisse Härte enthalten, besonders aber dann, wenn ein wohlbegründeter Anspruch mangels Beweises abgewiesen werden muß. Um besonders unbillige Härten zu vermeiden, ist der Gesetzgeber in einigen Fällen soweit gegangen, durch Rechtsvermutungen die Beweislast zu verschieben[89]). Aber auch außer diesen gesetzlich geregelten Fällen ergeben sich in der Praxis immer Prozesse, in denen eine Entscheidung lediglich auf Grund der Beweislast eine große Härte und Unbilligkeit bedeuten würde. In diesen Fällen lindernd und ausgleichend einzugreifen, ist Aufgabe der Beweisführungslast.

Die Beweisführungslast ist von namhaften Schriftstellern[90]) und von der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts[91]) anerkannt worden. Die Beweisführungslast ist aber scharf von der Beweislast zu trennen[92]). Während diese eine abstrakt generelle Regelung darstellt, stellt es jene auf die Eigenart des Einzelprozesses ab. Die Beweislast ist eine unbedingt notwendige Ergänzung des materiellen Rechts. Die Beweisführungslast dagegen entspringt der Beweiswürdigung und enthält deshalb auch keine Rechtssätze[93]). Nicht in jedem Prozeß spielt die Beweisführungslast eine Rolle. Sie wird nur in solchen Prozessen erheblich, in denen besondere

86) Betzinger II,34 f; Kreß 8 und 18;.
87) Leonhard 140 f. Wach JW 1925, 722.
88) Leonhard 145.
89) z. B. §§ 16. II, 18 ff; 448, 1006, I, II; 1632, I, II. 1527; 1720; 2255; 2365 f und die Seite 31 Anm. 84 Genannten.
90) Stölzel XXI; Stein 35 ff; Betzinger I,363 ff; Wach ZZP 29, 372.
91) so schon RG 9, 339 und neuestens 134, 241; vgl. auch RG 2,195.
92) RG 9,339; RG 134,241; Brodmann, Ziv.Arch. 98,148.
93) so treffend RG in Warn. 1918 Nr. 72 a. E.

Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, dem Gegner der beweisbelasteten Partei die Beweisführungslast aufzuerlegen. Diese besonderen Umstände ergeben sich meist aus der Wahrscheinlichkeit und aus der Billigkeit[94]). Im einzelnen können es eigene Handlungen, die Lebenserfahrung oder die Wahrscheinlichkeit sein, die gegen den Gegner der beweisbelasteten Partei sprechen. Auch kann sich die Beweisführungslast darauf stützen, daß die beweisbelastete Partei dem Beweis erheblich näher steht[95]). So wird man auch keine Umkehrung der Beweislast[96]), sondern eine solche der Beweisführungslast annehmen, wenn eine Partei dem Gegner den Beweis schuldhaft unmöglich macht. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß in gewisser Hinsicht zu Gunsten des Beweisbelasteten Beweis erbracht worden ist, und daß es jetzt Sache des Beweisführungsbelasteten ist, dieses zur Bildung einer richterlichen Überzeugung aber noch nicht ausreichende Beweisergebnis zu beseitigen. Eben weil zu Gunsten des Beweisbelasteten noch kein voller Beweis erbracht worden ist, ist auch der Beweisführungsbelastete nicht gehalten, einen vollen Gegenbeweis zu führen[97]). Wenn im Gegensatz zur Beweislast die Auferlegung der Beweisführungslast durch die Eigenart des Einzelprozesses bedingt ist, so ist es auch denkbar, daß diese Last im Verlauf des Einzelprozesses von der einen auf die andere Partei hinüberwechseln kann[98]). Hieraus ergibt sich aber zugleich, daß allgemeingültige Regeln für die Auferlegung der Beweisführungslast mit deren Wesen unvereinbar sind.

Wenn auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die Beweisführungslast anerkannt hat[99]), so läßt es aber besonders in jüngster Zeit eine richtige Anwendung dieser Last vermissen. In einer Reihe von Fällen hat das Reichsgericht Beweislastentscheidungen getroffen, in denen das Ergebnis sich lediglich aus der Beweisführungslast rechtfertigen läßt. So erklärt das Reichsgericht denjenigen für beweisbelastet, der schuldhaft die Beweisführung seines Gegners unmöglich macht[100]). Für eine besonders ungewöhnliche Abrede soll derjenige die Beweislast tragen, der sie vorbringt[101]). In einem anderen Fall soll der Beklagte entgegen der allgemeinen Regel deshalb die Beweislast übernehmen, weil ihm die inneren Verhältnisse des Betriebs bekannt sind und ihm deshalb das Beweisthema erheblich näher steht als dem Kläger[102]). Diese im Ergebnis richtigen Entscheidungen sind alle aus der Be-

94) Leonhard Seite 178 ff.
95) Leonhard 185.
96) so RG in HRR 1933 Nr. 1140; Meyerowitz JW 1913, 245.
97) RG 134, 242; 127, 28 f.; 120, 264.
98) RG 134, 242.
99) RG 9,339; 134, 242; 127,28 f.; 120, 264.
100) HRR 1933 Nr. 1140.
101) Seuff. Arch. 84 Nr. 73.
102) JW 1931, 802 Nr. 8.

trachtung des Einzelfalls erwachsen und waren deshalb nicht als Beweislast — sondern als Beweisführungslastenentscheidungen zu bezeichnen.

Die Gegner der Vollständigkeitslehre verfallen ebenfalls meist in den Fehler, entweder die Beweisführungslast zu übersehen[103]) oder diese mit der Beweislast gleichzusetzen[104]). Es kann nur auf einem Übersehen der Beweisführungslast beruhen, wenn man der Vollständigkeitslehre immer wieder Unbrauchbarkeit und Unbilligkeit vorwirft, weil nach ihr unter Umständen der Kläger gezwungen sei, das Nichtvorhandensein von sämtlichen erdenklichen besonderen Abreden zu beweisen[105]). In solchen Fällen wird die Darstellung des Beklagten so unwahrscheinlich sein, daß ihm billigerweise auch die Beweisführung obliegt. Es bedeutet ferner eine Verkennung des Wesens der Beweisführungslast, wenn gegen die Vollständigkeitslehre der Vorwurf erhoben wird, über die Beweisführungslast würde doch eine Verteilung der Beweislast herbeigeführt[106]). Daß Beweislast und Beweisführungslast grundverschieden sind, ergibt schon der wichtigste Unterschied. Ist es in einem Prozeß weder dem Beweisbelasteten noch dem Beweisführungsbelasteten gelungen, den Richter von der Richtigkeit seiner Behauptungen zu überzeugen, halten sich deshalb die auf Grund der Beweisaufnahme sich ergebenden Wahrscheinlichkeiten für die einzelnen Parteibehauptungen die Wage, so ist immer gegen den Beweisbelasteten zu entscheiden[107]).

Dritter Teil

§ 9. Die ganze Rechtsgeschäfte ersetzenden Ergänzungsregeln.

Bei den ganze Rechtsgeschäfte ersetzenden Ergänzungsregeln ist von folgender Prozeßlage auszugehen. Der Kläger stützt sich auf eine solche Ergänzungsregel (z. B. gesetzlicher Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft, Intestaterbrecht), während der Beklagte sich auf eine die Ergänzungsregel ausschließende rechtsgeschäftliche Regelung (z. B. Ehevertrag, Testament, Erbvertrag) beruft. Keiner Partei ist es gelungen, die Richtigkeit ihrer Behauptung nachzuweisen. Für den Richter taucht deshalb die Frage auf, welche Partei den Nachteil dieser Beweislosigkeit tragen soll.

103) so insbes. Beck 183 f; Titze JW 25,1929, vgl. Fischer Recht 09, 103.
104) Rosenberg 169; ferner Kisch, ZBl. f. Rechtswiss. 24, 297; Hellwig System I,147.
105) s. Anm. 103.
106) s. Anm. 104.
107) Leonhard 6.

Durchaus folgerichtig bürdet die Schlüssigkeitslehre dem Beklagten die Beweislast für die Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Regelung auf[1]). Da nach dieser Lehre die Beweislast des Klägers nur solche Tatsachen umfaßt, die zur vorläufigen Schlüssigkeit der Klage erforderlich sind, ist für den Eintritt der Verwaltungsgemeinschaft lediglich die Eheschließung, für den Eintritt des Intestaterbrechts außer dem Erbfall nur ein entsprechendes Verwandtschaftsverhältnis zu beweisen. In dem Vorbringen des Beklagten sieht diese Lehre das Berufen auf eine Gegennorm, deren Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen Aufgabe des Beklagten ist[2]). Die gleiche Beweislastverteilung ergibt sich bei der Negativenlehre[3]). Nach dieser Lehre kann der Kläger deshalb nicht mit dem Beweis für das Nichtvorhandensein irgend einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung belastet werden, weil der Beweis einer Negative nicht geführt zu werden braucht. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, die entsprechende Positive darzulegen. Auch die besonders in den Erläuterungsbüchern des BGB vertretene Regel-Ausnahme-Lehre kommt zu dem gleichen Ergebnis[4]). Der gesetzliche Güterstand sei deshalb der Normalgüterstand, das Intestaterbrecht deshalb die Regel, weil die Vorschriften dieser Institute immer nur dann angewandt werden, wenn keine abweichende rechtsgeschäftliche Regelung getroffen worden ist[5]). Während die bisher dargestellten Verteilungslehren in der hier gestellten Frage immer zu einer Beweislastenentscheidung gekommen sind, muß die Satzbaulehre im eigentlichen Sinne die Lösung schuldig bleiben. Maßgeblich für die Beweislastverteilung ist nach dieser Lehre der Satzbau der einzelnen Vorschriften. Insbesondere wird es darauf abgestellt, inwieweit sich aus dem Satzbau die Regel und die Ausnahme ergeben. Die einzelnen Wendungen, in denen das Gesetz dieses Verhältnis zum Ausdruck bringen soll, wurden bei den allgemeinen Ausführungen über die Satzbaulehre dargestellt. Bei den hier zu behandelnden Ergänzungsregeln ergibt aber der Satzbau für eine Beweislastenentscheidung nicht den geringsten Anhaltspunkt. So bestimmt § 1432, daß die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regeln können. So enthält § 1937 die Vorschrift, daß der Erblasser durch Testament den Erben bestimmen kann. In beiden Fällen fehlt diesen Vorschriften sowie den entsprechenden Ergänzungsregeln ein Wort oder ein Zusatz, aus dem sich die Aus-

1) Betzinger III, 171; Rosenberg 410.
2) Betzinger a.a.O.
3) Beckh 275.
4) Staudinger Vorbem. 6 zu § 1363; Warneyer § 1363, III, Opet-Blume Vorbem. 2 zu § 1432; Staudinger 2018, III A; RGRK § 2018,5; Endemann, Erbrecht § 152, IIb.
5) so Planck § 2018,5c; besonders aber Planck, Vorbem. I,4 zu § 1363.

nahmenatur der rechtsgeschäftlichen Regelung gegenüber der gesetzlichen ergibt. Zur Unterstützung dieser Ansicht ist darauf hinzuweisen, daß in den recht umfangreichen und oft nahezu erschöpfenden Beispielsaufzählungen, die die Vertreter dieser Lehre zur Begründung aufgestellt haben, diese Gruppe von Ergänzungsregeln nicht aufgezeichnet ist[6]). Soweit die Vertreter der Satzbaulehre für diese Fälle Beweislastentscheidungen treffen, schließen sie sich im Ergebnis und in der Begründung der Regel-Ausnahmelehre an[7]).

Auch die Rechtsprechung entscheidet sich fast ausnahmslos für eine Beweislast des Beklagten[8]). Soweit die Entscheidungen ihren Standpunkt begründen, folgen sie der Regel-Ausnahme-Lehre[9]).

Außer den Einwänden, die im zweiten Teil der Arbeit den einzelnen Lehren entgegengesetzt worden sind, muß gegen die gegnerische Ansicht vorgebracht werden, daß sie unter Umständen zu unhaltbaren sich widersprechenden Ergebnissen führt.

So soll nach einer älteren Entscheidung des Reichsgerichts[10]) bei einer Einzelerbschaftsklage auch das Nichtvorhandensein anderer Erben durch den Kläger bewiesen werden, während die gleiche Entscheidung bei der Geltendmachung des Gesamtanspruchs auf diesen Beweis durch den Kläger verzichtet! Wenig folgerichtig ist auch der Standpunkt H e l l w i g s[11]), der vom Kläger den Beweis darüber fordert, daß kein näherer Verwandter vorhanden ist, während er den Beweis über die Berechtigung eines Testamentserben dem Beklagten zuschiebt. Demgegenüber führt das OLG Colmar mit Recht aus, daß derjenige, der auf Grund eines Erbrechts einen Anspruch geltend macht, nachzuweisen hat, daß er und k e i n a n d e r e r das Erbrecht erworben hat[12]). Auch bestände keine Vermutung dafür, daß gerade derjenige gesetzlicher Erbe geworden ist, der seine Verwandtschaft mit dem Erblasser irgendwie nachgewiesen hat. Dabei muß es unerheblich sein, ob es sich um einen Einzelanspruch oder um einen Gesamtanspruch handelt.

Ähnliches führt W i e r u s z o w s k i[13]) für die Beweislast beim gesetzlichen Güterstand aus. Aus dem Gesetz ergebe sich nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß eine die Beweislast verschiebende Vermutung für den gesetzlichen Güterstand vorhanden sei.

Entgegen der herrschenden Meinung muß auch bei dieser Gruppe von Ergänzungsregeln an der Vollständigkeitslehre festgehalten werden. Allerdings wird gerade hier die Beweisführungslast in

6) insbesondere Planck, Komm. LIV ff.
7) siehe Seite 35 Anm. 5.
8) RG 8,172 f; RG in Warn. 1913 Nr. 300; OLG Celle in OLG 18,351; OLG Dresden, ZBlFG 4,340; vgl. auch KG in DJZ 07, 661; a. A. OLG Colmar 30,186.
9) KG a.a.O.; OLG Dresden a.a.O.
10) RG 8,172.
11) System 484.
12) OLG 30,186.
13) Eherecht II,188; so auch Ullmann, Ziv.Arch. 92,304.

besonders starkem Maße ausgleichend eingreifen müssen. Beim Beweis des Intestaterbrechts wird sie die Schwierigkeit des Beweises, beim gesetzlichen Güterstand die große Wahrscheinlichkeit berücksichtigen müssen, die dafür besteht, daß keine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen worden ist. Diesen Gedanken hat das Reichsgericht angedeutet, wenn es in einer seiner jüngsten Entscheidungen[14]) sagt, daß, wenn nichts Gegenteiliges behauptet oder sonst ersichtlich ist, der Richter davon ausgehen darf, daß die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben. Diese Entscheidung läßt sich auch mit dem Standpunkt der Vollständigkeitslehre vereinbaren, daß für die rechtsgeschäftliche Regelung den Beklagten die Anregungslast trifft.

§ 10. Die Ergänzungsregeln für die Gültigkeit.

Unter den Ergänzungsregeln für Rechtsgeschäfte sind die Ergänzungsregeln für die Gültigkeit die kleinste Gruppe. Für die Beweislastenentscheidung ist bei dieser Gruppe von folgender Prozeßlage auszugehen. Der Kläger stützt seinen Anspruch u. a. auch auf eine Ergänzungsregel für die Gültigkeit (z. B. Formfreiheit des Rechtsgeschäfts), während der Beklagte sich dagegen auf eine diese Ergänzungsregel ausschließende rechtsgeschäftliche Vereinbarung (z. B. Abrede einer besonderen Form) beruft und damit zugleich den gültigen Abschluß des Rechtsgeschäfts in Frage stellt. Zu wessen Ungunsten muß entschieden werden, wenn es keiner Partei gelingt, den Richter von der Richtigkeit ihrer Behauptung zu überzeugen?

Auf die Schwierigkeiten, die sich bei der Feststellung dieser Ergänzungsregeln ergeben, ist bereits in § 1 dieser Arbeit hingewiesen worden. Keineswegs darf aber die Tatsache, daß diese Sätze und die dazugehörigen ermächtigenden Sätze nicht unmittelbar im Gesetz aufgezeichnet sind, sondern sich erst mittelbar aus diesem ergeben, zur Ablehnung solcher Ergänzungsregeln führen.

Die wichtigste Ergänzungsregel dieser Gruppe ist der Satz, daß mangels einer abweichenden Parteivereinbarung jedes Rechtsgeschäft formlos gültig ist. Diese Regel bezieht sich aber nicht auf solche Rechtsgeschäfte, bei denen das Gesetz mit zwingender Kraft eine bestimmte Form vorschreibt[15]). Hier ist vielmehr nur für solche Fälle eine Beweislastentscheidung zu treffen, in denen der Beklagte der klägerischen Darstellung von einem vorbehaltlosen Geschäftsabschluß gegenüber vorbringt, bei Abschluß des Vertrags sei die Erfüllung einer besonderen gesetzlich nicht geforderten Form vereinbart, und diese Form sei noch nicht erfüllt worden. Das Geschäft sei deshalb auch noch nicht wirksam geschlossen. Für die hier zu behandelnde Frage sind aber nicht alle Fälle erheblich, in denen an-

14) RG in HRR 1931 Nr. 112.
15) z. B. §§ 313, 766.

geblich eine Formabrede getroffen worden ist. Wichtig sind in diesem Zusammenhang nur solche Formabreden, bei denen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts von der Erfüllung der vereinbarten Form abhängig gemacht worden ist. Die Fälle, in denen die vereinbarte Form lediglich der Beweiserleichterung dient, haben hier auszuscheiden. In solchen Fällen greift die Vorschrift des § 154, II nicht Platz[16]). Das Vorbringen des Beklagten muß deshalb außer der angeblichen Formabrede noch die Behauptung enthalten, daß erst durch die Erfüllung der vereinbarten Form das Rechtsgeschäft gültig werden soll. Ist die Bedeutung einer Formabrede streitig, so trifft den Kläger die Beweislast[17]).

Bei der Beantwortung der gestellten Frage sind die Ansichten in Lehre und Praxis geteilt. Die Schlüssigkeitslehre kommt folgerichtig zu dem Ergebnis, daß der Beklagte für die Abrede einer gesetzlich nicht geforderten Form die Beweislast tragen muß. Nach dieser Lehre genügt die klägerische Sachdarstellung unter Verschweigen der Formabrede für den Minimaltatbestand und damit auch für die Schlüssigkeit. Mit seinem Vorbringen der besonderen Formabrede beruft sich der Beklagte auf eine keimzerstörende (= rechtshindernde[18]) Gegennorm, für deren Tatbestandsvoraussetzungen er die Beweislast tragen soll[19]). Bereits in § 4 der Arbeit ist dargelegt worden, daß sich die Lehre von den rechtshindernden Normen nicht halten läßt, daß es sich bei diesen Normen um Ergänzungsnormen handelt, die als negative Voraussetzungen zur Hauptnorm gehören. Die Beweislast für diese Normen muß deshalb derjenige tragen, der die Hauptnorm für sich in Anspruch nimmt. – Verfehlt ist auch die Ansicht, die Erfüllung der vereinbarten Form als Anfangsbedingung des betreffenden Geschäfts aufzufassen[20]). Dieser Fehlschluß[21]) beruht auf einer Verkennung des Unterschieds zwischen Gültigkeit und Wirksamkeit. Während jede Bedingung ein bereits gültiges Geschäft voraussetzt, ist nach § 154,II das Geschäft erst mit Erfüllung der Form gültig abgeschlossen. Auch die Negativenlehre[22]) bürdet dem Beklagten die Beweislast für die Formabrede auf. Sie hält eine gegenteilige Entscheidung deshalb für ausgeschlossen, weil sonst der Kläger eine Negative, das Nichtvorhandensein der Formabrede, beweisen müßte[23]). Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß der Kläger im einzelnen Fall den von ihm behaupteten vorbehaltslosen Geschäftsabschluß nur durch die Dar-

---

16) RG in HRR 1929 Nr. 370.
17) Obertribunal eBrlin in Seuff. A. 33 Nr. 271; a.A. Planck § 154,3.
18) so Betzinger III,30; a.A. Reinhold 87 f; Burckhard 147 ff, doch zu weitgehend!
19) Betzinger I,353.
20) Betzinger III,171; Obertrib. Berlin in Seuff.A. 33 Nr. 271.
21) so im Ergebnis J.B. Betzinger 271.
22) Beckh Seite 156, 192.
23) Beckh 185.

legung von Positiven führen kann. Auch ist es verfehlt, in der Formlosigkeit eine Negative zu erblicken. Bei logischer Betrachtung können formlose Geschäfte nicht anerkannt werden. Alles, was irgendwie in die reale Welt tritt, muß dies in irgend einer bestimmten Form tun. Sog. formlose Geschäfte sind deshalb solche, die zu ihrer Gültigkeit nicht einer im Gesetz besonders hervorgehobenen Form bedürfen, die vielmehr in jeder anderen möglichen Form abgeschlossen werden können (z. B. Sprache, Verhalten). Die Satzbaulehre erweist ihre Unbrauchbarkeit dadurch, daß es ihr im vorliegenden Fall unmöglich ist, auf Grund des von ihr aufgestellten Grundsatzes zu einer Beweislastentscheidung zu kommen. Der Grund ist darin zu sehen, daß weder die Ergänzungsregel noch der entsprechende ermächtigende Satz im Gesetz unmittelbar aufgezeichnet sind. Die Regel-Ausnahme-Lehre[24]) nimmt eine Beweislast des Beklagten für das Zustandekommen der Formabrede an. Die Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte soll nach dieser Lehre die gesetzlich anerkannte Regel sein. Für Ausnahmen treffe denjenigen die Beweislast, der solche für sich in Anspruch nimmt. Dahingestellt mag bleiben, ob sich eine solche Regel aus dem Gesetz ableiten läßt. Gegen diese Lehre muß aber eingewandt werden, daß, wenn sich tatsächlich in einigen Fällen ein Verhältnis der Regel zur Ausnahme ergibt, diesem Verhältnis unter keinen Umständen irgendwelche materiellrechtliche Bedeutung beigemessen werden darf; daß es darstellungstechnische Erwägungen waren, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, zu dieser Darstellungsform zu greifen.

Aber nicht immer lassen die Vertreter der Gegenmeinung klar erkennen, auf welche Beweislastlehren sich ihre Entscheidungen stützen. So entscheidet sich Planck[25]) und Staudinger[26]) ohne nähere Begründung bei der Formabrede für eine Beweislast des Beklagten. Aber dieses Ergebnis läßt sich aus den eigenen Ausführungen dieser Schriftsteller widerlegen. So führt Staudinger[27]) — auf der gleichen Seite zehn Zeilen weiter oben — durchaus zutreffend aus, daß keine Vermutung dafür bestehe, daß mit der Einigung über die essentialia das Geschäft perfekt geworden sei. Vielmehr müsse derjenige, der aus einem Vertrag klagt, nachweisen, daß dieser in der von ihm behaupteten Weise zustandegekommen ist. Auf Vereinbarungen, die nicht den Bestand des Geschäfts berühren, sondern nur eine Modalität der Leistung betreffen, soll sich diese Regel nicht beziehen. Mit diesen Ausführungen läßt sich die mitgeteilte Beweislastentscheidung dieser Schriftsteller nicht in Einklang bringen. Da der Beklagte mit seinem Vorbringen den gültigen Geschäftsabschluß bestreitet, muß der Kläger den Beweis

24) Rosenberg 290; J.B. Betzinger 241; v. Tuhr II,1 527 Note 221.
25) § 154,3.
26) § 154,5.
27) § 154,4; im Ergebnis auch Planck § 154,5.

führen, daß das Rechtsgeschäft in der von ihm behaupteten Weise zustandegekommen ist. Also in erster Linie, daß eine Formabrede nicht getroffen worden ist.

Demgegenüber steht die Ansicht der Vollständigkeitslehre. Der Kläger muß das von ihm behauptete vorbehaltlose Geschäft beweisen; er trägt deshalb auch die Beweislast dafür, daß die vom Beklagten behauptete Formabrede nicht zustandegekommen ist. Dieses Ergebnis wird überwiegend im Schrifttum[28]) und in der Praxis[29]) vertreten.

Die einzelnen Urteile, die ihre Entscheidung im Sinne der Vollständigkeitslehre treffen, lassen zum Teil eine klare Unterscheidung zwischen Beweislast und Beweisführungslast erkennen. Mit Unrecht führen die Gegner[30]) ein Urteil des OLG München[31]) zu ihren Gunsten an. Diese Entscheidung gründet sich nicht — wie die Gegner anzunehmen scheinen — auf die Beweislast. Der Beklagte soll deshalb den Beweis für das nach seiner Ansicht noch mangelnde Zustandekommen des Rechtsgeschäfts führen, weil der Kläger bereits eine Einigung nachgewiesen hat. Noch klarer kommt die Berücksichtigung der Beweisführungslast in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Ausdruck. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1922[32]) wird zunächst festgestellt, daß der Kläger die Beweislast für den von ihm behaupteten vorbehaltslosen Abschluß des Geschäfts trägt. Da es sich in diesem Fall um einen Versicherungsvertrag mit einer Versicherungssumme von über 16 Millionen und einer Prämie für zwei Monate von mehr als 300 000 Mark handelte, hielt das Gericht mit Recht eine Vereinbarung der Schriftform für wahrscheinlich. Aus seiner Beweisführungslast ergab sich deshalb für den Beklagten die Notwendigkeit, diese Wahrscheinlichkeit zu entkräften. Eine weitere Entscheidung des Reichsgerichts[33]) vertritt ebenfalls den Standpunkt, daß dem Kläger die Beweislast für den vorbehaltlosen Abschluß trifft. In dieser für die Klägerin nachteiligen Beweislastentscheidung macht die Revision geltend, die Klägerin habe ihrer Beweispflicht genügt, indem sie einen Vorgang dargelegt habe, der einen vorbehaltlosen Geschäftsabschluß habe erkennen lassen. Aus der Beweiswürdigung folge deshalb, daß es Sache des Gegners gewesen sei, dies zu widerlegen. Auf diesen Angriff einzugehen, lehnt das Reichsgericht mit Recht deshalb ab, weil die Beweisführungslast als Tatfrage in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden darf.

---

28) RGRK § 154,3; Warneyer § 154,III; Endemann, Allg. Teil 1,508 Note 24.
29) RG in Warn. 1922 Nr. 48; 1918 Nr. 72; OLG 25,57.
30) Rosenberg Seite 290 Note 3; Planck § 154,3.
31) Urteil vom 20. 1. 1912 in OLG 25,57.
32) Urteil vom 13. 1. 22 in Warn. 1922 Nr. 48.
33) Urteil vom 18. 2. 1918, ebd. 1918 Nr. 72.

In diesem Zusammenhang soll die Frage erörtert werden, wen die Beweislast trifft, wenn neben einem ausführlichen schriftlichen Vertrag mündliche Abreden behauptet werden. Nach nahezu einstimmiger Meinung soll denjenigen die Beweislast treffen, der eine solche mündliche Abrede geltend macht. Der schriftliche Vertrag habe die Vermutung für die Vollständigkeit und Richtigkeit für sich[34]). Dem kann aber nicht beigestimmt werden. Auch hier wird es für die Beweislastentscheidung darauf ankommen, ob die mündliche Abrede ein Erfordernis der Entstehung oder der Tilgung des Anspruchs bildet. Daher wird in diesem Falle den Beklagten, in jenem den Kläger die Beweislast treffen. Allerdings wird regelmäßig die schriftliche Aufzeichnung, die die streitige Abrede nicht enthält, ein so starker Beweismoment bilden, daß auf Grund der Beweisführungslast die mündliche Abrede von dem bewiesen werden muß, der sie behauptet.

Im Rahmen der Ergänzungsregeln für die Gültigkeit ist weiter der Fall zu behandeln, daß der Beklagte den Vertragsabschluß mit dem Hinweis in Abrede stellt, daß eine Einigung über sämtliche nach Ansicht der Parteien wesentliche Punkte noch nicht erfolgt sei. Hier entscheidet sich die herrschende Meinung mit der Vollständigkeitslehre für eine Beweislast des Klägers[35]). Mit Recht wird in diesem Zusammenhang der Gedanke betont, daß der Kläger das Rechtsgeschäft in der von ihm behaupteten Form zu beweisen habe. Die abweichende Ansicht wird von Anhängern der Negativen-[36]) und Schlüssigkeitslehre[37]) vertreten. Sie ist aber unhaltbar. Der Hauptvertreter der Schlüssigkeitslehre, Rosenberg[38]) hat seine Ansicht zu Gunsten der herrschenden Meinung aufgegeben. Der Negativenlehre muß entgegengehalten werden, daß eine sinngemäße Handhabung der Beweisführungslast ein unbilliges Ergebnis vermeiden läßt.

Ohne Bedenken kann ein ermächtigender Satz angenommen werden, daß die Annahme einer Leistung unter einem Vorbehalt erfolgen kann. Die entsprechende Ergänzungsregel würde sich dann für die vorbehaltslose Annahme der Leistung aussprechen. Die Beweislastentscheidung ist für den Fall zu treffen, in welchem der vom Gläubiger angeblich gemachte Vorbehalt vom Schuldner bestritten wird.

Im Falle des § 341,III entscheidet sich die h. M. für eine Beweislast des Gläubigers für den angeblichen Vorbehalt[39]). Klagt

34) RG 85,326; Baumbach Zusatz zu § 282,1 und im Ergebnis selbst Stölzel 113 Note 1, der „einredlich" dem Beklagten den Gegenbeweis aufbürdet.
35) Leonhard 285; Staudinger § 154,4; Neumann § 154,III.
36) Beckh 192.
37) Rosenberg, Ziv.Arch. 94,28 ff.
38) Seite 290.
39) Planck § 341 a. E.; Rehbein II,239; Crome II,451; Rosenberg 350; Betzinger III,15 f; Staub, 14 A. Vorbem. 84 zu § 373.

der Gläubiger die Vertragsstrafe ein[40]), oder will er mit ihr aufrechnen[41]), so soll er für den Vorbehalt deshalb beweisbelastet sein, weil dieser als Voraussetzung für den Vertragsstrafanspruch angesehen wird. Wenn sich auch für dieses Ergebnis der Wortlaut des § 341,III heranziehen läßt, so ist es doch unrichtig. Bestreitet in einem solchen Prozeß der Schuldner den vom Gläubiger behaupteten Vorbehalt, so ist darin kein Klagleugnen, sondern der Einwand der Tilgung zu erblicken[42]). Stellt der Schuldner den Vorbehalt in Abrede, so leugnet er damit keine rechtserzeugende Tatsache des Vertragsstrafanspruchs, sondern er behauptet eine negative Voraussetzung des Erfüllungseinwands. Die Erfüllung ist nur dann rechtswirksam, wenn sie ohne Vorbehalt angenommen worden ist. Hierbei ist weiter zu beachten, daß der Anspruch auf Vertragsstrafe kein selbständiger, sondern ein vom ursprünglichen Schuldverhältnis abhängiger Anspruch ist. Behauptet aber der Schuldner Untergang des ursprünglichen Schuldverhältnisses durch Erfüllung, so kann auch von dem aus diesem Schuldverhältnis fließenden Anspruch auf Vertragsstrafe keine Rede mehr sein. Hieraus ergibt sich, daß für die Nichterhebung eines Vorbehalts als Voraussetzung für eine wirksame Tilgung der Schuldner die Beweislast trägt. Die Schwierigkeiten, die sich bei diesem Negativenbeweis unter Umständen ergeben, können durch die Beweisführungslast vermieden werden.

Hinsichtlich der übrigen Fälle des Vorbehalts vertritt der Staubsche Kommentar[43]) den richtigen Standpunkt, wenn er erklärt, daß die Beweislast bei einem angeblich mit Vorbehalts versehenen Vertrag nicht anders zu behandeln sei wie die Beweislast bei bedingten oder befristeten Verträgen. Damit berührt sich diese Ansicht mit der Vollständigkeitslehre, die lediglich für maßgeblich hält, ob der Vorbehalt Tatbestandsmerkmal für die Entstehung oder ein solches für die Tilgung ist[44]). Demgegenüber vertritt die Schlüssigkeitslehre[45]) die Beweislast des Beklagten. Der angebliche Vorbehalt des Beklagten enthalte ein Berufen auf eine keimzerstörende (= rechtshindernde) Gegennorm. Betzinger[46]) glaubt allerdings auch ohne diese Konstruktion zu einer Beweislast des Beklagten zu kommen, indem er in dem Übereinstimmen der Parteien über den Vertragsschluß als solchen einen für die juristische Wahrscheinlichkeit ausreichenden Indizienbeweis sieht, dessen Entkräftung dem Beklagten zufalle. Betzinger begeht hierbei den Fehler,

40) Rosenberg a.a.O.
41) RG 53,358.
42) Vgl. hierzu RG 29,119.
43) 14. Auflage. Vorbem. 84 zu § 373.
44) Leonhard 353.
45) Betzinger III,157 f; Rosenberg 350.
46) Betzinger a.a.O.

daß er die grundverschiedenen Begriffe Beweislast und Beweisführungslast nicht mit der erforderlichen Schärfe auseinanderhält. Das von ihm gewonnene Ergebnis kann sich im konkreten Fall als Ergebnis der Beweiswürdigung herausstellen, aber nicht als solches der Beweislast.

In diesem Zusammenhang verdient eine Reichsgerichtsentscheidung jüngsten Datums Beachtung[47]). Diese trifft eine Beweislastentscheidung für den Fall, daß bei wissentlicher Erfüllung einer Nichtschuld der nunmehr nach § 812 Zurückfordernde einen angeblich von ihm gemachten aber vom Gegner bestrittenen Vorbehalt behauptet. Materiellrechtlich ist die Entscheidung unrichtig. Eine Leistung einer Nichtschuld unter dem Vorbehalt, daß diese besteht, ist, von Ausnahmefällen abgesehen, unzulässig[48]). Trotzdem soll dieses Urteil behandelt werden, weil sich an ihm klar zeigen läßt. welche Schwierigkeiten bei der Begründung des Ergebnisses zu überwinden sind, wenn man der Vollständigkeitslehre nicht folgt Es soll deshalb angenommen werden, es liege ein solcher Ausnahmefall vor, bei welchem ein Vorbehalt zulässig ist. Im Ergebnis gelangt das Urteil richtig für den angeblichen Vorbehalt zu einer Beweislast des Klägers. Die Begründung[49]) ist aber höchst bedenklich. So sei das gegenteilige Ergebnis schon deshalb unmöglich, weil es unvermeidlich dazu führen würde, vom Gegner den Beweis für das Nichtvorhandensein eines Tatumstandes zu fordern (!). Weiter sucht die Entscheidung ihr Ergebnis aus dem Verhältnis der Regel zur Ausnahme zu rechtfertigen. § 814 bilde eine Ausnahme von der Regel des § 812 und gehöre deshalb zur Beweislast des Beklagten. Aus dem Wortlaut des § 814 ergebe sich zwar nicht, ob der in Anspruch Genommene eine reine Leistung darzutun habe Trotzdem sei anzunehmen, daß eine solche, d. h. eine Leistung ohne Vorbehalt, das Gewöhnliche darstelle. Die vorbehaltliche Leistung sei deshalb eine Ausnahme von der Regel und deshalb von dem zu beweisen, der diese Ausnahme behauptet. — Der Kläger soll deshalb die Beweislast tragen, weil er eine Ausnahme von der Ausnahme der Regel behauptet. Während die Entscheidung das Verhältnis der Regel zur Ausnahme aus dem Gesetz zu rechtfertigen sucht, begnügt sie sich bei dem Verhältnis der Ausnahme von der Ausnahme mit dem oben zitierten höchstbedenklichen Hinweis, der stark an statistische Erwägungen anklingt. — Vielmehr muß nach der Vollständigkeitslehre der Kläger die Beweislast für den Vorbehalt einfach deshalb tragen, weil dieser Entstehungstatsache für den Anspruch ist.

47) RG 26.10.32 in Bd. 138, 122 ff.
48) Leonhard, Allgem. Schuldrecht 590 f.
49) RG 138, 124 f.

§ 11. Die Ergänzungsregeln für die Wirksamkeit.

Zahlreicher als die Ergänzungsregeln für die Gültigkeit sind solche für die Wirksamkeit. Es herrscht Streit darüber, ob zwischen Gültigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts geschieden werden kann[50]). Für eine Ablehnung dieser Unterscheidung spricht zwar, daß ein völlig wirkungsloses Geschäft nicht als gültig bezeichnet werden kann. Aber zwischen der völligen Unwirksamkeit und der vollen Wirksamkeit liegt die Gruppe der unvollkommen wirksamen Geschäfte. Für diese Art Rechtsgeschäfte muß die bestrittene Unterscheidung anerkannt werden, denn diese hat unter Umständen für diese Geschäfte eine erheblich praktische Bedeutung. So könnte z. B. nach der hier abgelehnten Ansicht ein aufschiebend bedingtes und deshalb zunächst ungültiges Geschäft erst nach dem Eintritt der Bedingung angefochten werden[51]).

Die Ergänzungsregeln für die Wirksamkeit haben die Bedingung, die Befristung und die Stellvertretung zum Gegenstand. Die für die Beweislastenentscheidung maßgebliche Prozeßlage ist im Grunde immer die gleiche: gegenüber dem vom Kläger behaupteten vorbehaltslosen Geschäft beruft sich der Beklagte auf eine Bedingung, Befristung oder auf Stellvertretung.

Bei einem Streit über das Hinzufügen einer aufschiebenden Bedingung nimmt die herrschende Meinung im Schrifttum[52]) und die gesamte Rechtsprechung[53]) eine Beweislast des Klägers für die Nichthinzufügung der Anfangsbedingung an. Allerdings wird im Schrifttum nicht selten eine Beweislastentscheidung zu Gunsten des Klägers verfochten. So entscheidet sich die Schlüssigkeitslehre[54]) in folgerichtiger Durchführung ihres Grundsatzes für eine Beweislast des Beklagten. Diese Lehre erblickt in § 158,I eine Gegennorm, deren Tatbestand deshalb nicht zu dem für die Schlüssigkeit erforderlichen Minimaltatbestand gehört[55]). Dieser Beweisgrund ist aber bereits in § 4 und auch in den §§ 9/10 der Arbeit entkräftet worden. Weiter sucht diese Lehre ihr Ergebnis mit dem Hinweis zu rechtfertigen, daß die gleiche Behandlung der Anfangs- und Endbedingung im Gesetz auch übereinstimmende Beweislastentscheidungen fordere[56])! Demgegenüber muß eingewandt werden, daß die gleiche gesetzliche Behandlung der beiden Bedingungen le-

50) verneinend: Fitting, Ziv.Arch. 39,382; Unger II, 56 f; Reinhold 99 f. bejahend: v. Savigny III § 116; Leonhard, Iher. Jahrb. 41,41 ff.
51) Vgl. hierzu ausführlich Leonhard a.a.O.
52) Weber 178; Heffter 246; Reinhold 102; Planck § 158,9a; Stölzel 107, 145, 161 f; Korsch 115 ff; Staub, 14. Auflage. Anhang zu § 359 Anm. 3.
53) RG 94,137 ff; 68,307; 28,145; 18,158; RG in Gruchot 29,730 ff; 51,828 ff. siehe weitere Zit. bei Leonhard 287 Note 2.
54) Betzinger III,161 ff. Rosenberg 344 f; Vgl. auch Oertmann Vorbem. 3a zu § 158.
55) Betzinger a.a.O.
56) Rosenberg 345.

diglich auf darstellungstechnischen Gründen beruht. Das Gesetz will durch diese Methode nach Möglichkeit Wiederholungen vermeiden. Irgendwelche Rückschlüsse auf die materiellrechtliche Struktur der einzelnen Rechtsinstitute können aus einer solchen darstellungstechnischen Behandlung nicht gewonnen werden. Vielmehr besteht zwischen Anfangs- und Endbedingung ein grundlegender Unterschied. Während diese zum Tatbestand der Rechtsaufhebung gehört, unterfällt jene dem Tatbestand der Rechtsentstehung. In diesem Zusammenhang wird weiter angeführt, eine für Anfangs- und Endbedingung gleiche Beweislastentscheidung sei auch deshalb erforderlich, weil es in vielen Fällen äußerst zweifelhaft sei, welche Form der Bedingung gegeben sei[57]). Der Richter, der für die Entscheidung dieser Frage auf die tatsächlichen Angaben der Parteien angewiesen ist, könne die Natur der fraglichen Bedingung oft deshalb nicht bestimmen, weil ihm jede Partei eine andere Sachdarstellung vorträgt. Dies beruhe darauf, daß sich ohne Schwierigkeit eine Anfangs- in eine Endbedingung und umgekehrt eine End- in eine Anfangsbedingung umwandeln lasse[58]). Aber die Anfangs- und Endbedingung lassen sich nur dann nicht auseinanderhalten, wenn in formalistischer Auffassung an dem Einzelbuchstaben der Parteierklärung festgehalten wird. Der Richter wird dieser Schwierigkeit sofort überhoben, wenn er es auf die hinter den einzelnen Parteierklärungen stehenden wirtschaftlichen Interessen abstellt[59]). Unter Umständen wird es erforderlich sein, dem Richter das Recht einzuräumen, entgegen dem Wortlaut der Parteierklärung die Rechtsnatur der einzelnen Bedingung zu bestimmen. An den beiden Beispielen Betzingers[60]) soll gezeigt werden, daß die genannten Schwierigkeiten nicht bestehen. Die Anfangsbedingung soll nach ihm sich aus folgender Formulierung ergeben: „Die Wohnungsmiete soll bis 1910 gelten, falls nicht mein Sohn vorher heiratet und in das Haus zieht". Die Endbedingung: „Die Miete soll bis 1910 gelten. Wenn aber mein Sohn vorher heiratet und einzieht, gilt dieselbe als aufgelöst." Im Gegensatz zu Betzinger kann also in beiden Fällen nur eine Endbedingung angenommen werden. Dies ergibt eine sinngemäße Auslegung der Parteierklärungen unter Berücksichtigung der Interessenlage. Bis der Sohn des Vermieters heiratet, will der Vermieter die Wohnung vermieten, der Mieter in ihr wohnen. Das zweite Beispiel Betzingers ergibt eine Anfangsbedingung. „Der Hauskauf soll erst in Kraft treten, wenn ich das andere Haus wirklich erbe." Dagegen soll angebliche eine Endbedingung sein: „Der Hauskauf soll wieder rückgängig werden, wenn ich das andere Haus nicht

57) Rosenberg 345; Betzinger III,123.
58) Betzinger a.a.O.
59) treffend Korsch 117 ff.
60) Betzinger a.a.O.

erbe." Indessen soll auch hiernach der Kauf nur wirksam werden, wenn der Käufer auch das andere Haus erhält.

Rosenberg[61]) hält eine Beweislast des Klägers für die Nichtverabredung der Bedingung deshalb für unmöglich, weil § 158 nur dann angewendet werde, wenn nicht bewiesen ist, daß die Bedingung nicht verabredet worden ist. Rosenberg betont, daß jeder Rechtssatz nur angewandt werden könne, wenn dessen abstrakte Tatbestandsmerkmale im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind. Es müsse also die Abrede der Bedingung feststehen, nicht ihre Nichtabrede[62]). Das ist zunächst insofern unrichtig, als bei Beweislastentscheidungen von dem Feststehen oder Nichtfeststehen niemals gesprochen werden kann. Voraussetzung für die Beweislast ist weder das Feststehen noch das Nichtfeststehen einer Tatsache, sondern deren Ungewißheit. Es können deshalb trotzdem Vorschriften angewandt werden, obwohl deren Tatbestandsmerkmale nicht restlos feststehen. Maßgeblich für Rosenbergs Beweisführung ist aber sein verfehlter Ausgangspunkt, die Vorschrift des § 158 als selbständige Gegennorm aufzufassen. Es ist bereits in § 4 der Arbeit dargelegt, daß es sich hier nur um eine zur Hauptnorm gehörige Ergänzungsnorm handelt. Da § 158 eine negative Voraussetzung der Hauptnorm enthält, kann die Beweislast nur gleich mit der für die Hauptnorm entschieden werden.

Die Negativenlehre[63]) entscheidet sich ebenfalls für eine Beweislast des Beklagten. Soweit sie ihr Ergebnis lediglich darauf stützt, daß dem Kläger der Beweis einer Negative, das Nichthinzufügen der Bedingung, nicht zugemutet werden könne, ist diese Lehre bereits in § 5 dieser Arbeit wiederlegt. Beckh[64]) hält eine Beweislast des Beklagten auch gerade deshalb für erforderlich, weil sonst bei Annahme der Gegenansicht „dem beanspruchenden Teil seitens des Gegners die schlimmsten Schikanen bereitet werden. Sofern nur seine Phantasie hierzu ausreicht, kann der Gegner eine Million aufschiebender Bedingungen behaupten, die dem Rechtsgeschäft angeblich beigefügt worden seien ...". Der Kläger müsse dann den Beweis dafür antreten, daß alle diese erdenklichen Bedingungen in Wahrheit nicht gesetzt seien. Dieser Vorwurf bricht in sich zusammen, wenn in genügendem Maße die Beweisführungslast berücksichtigt wird. Mit Recht hat das Reichsgericht[65]) darauf hingewiesen, daß der Beweis einer Negative nicht zu schwer gemacht werden dürfe.

---

61) Rosenberg 345 f.
62) Rosenberg 346 oben.
63) Beckh 182; Martinius, Arch. B. R. 24, 77.
64) Beckh Seite 183 f.
65) RG in S.A. 84 Nr. 190; vgl. auch S.A. 84 Nr. 73; richtiges Ergebnis; Begründung hätte aber aus der Beweisführungslast erfolgen müssen. Ferner Staub 14. Auflage. Anhang zu § 359 Anm. 3.

Demgegenüber entscheidet sich die herrschende Lehre[66]) für eine Beweislast des Klägers. Sie geht davon aus, daß keine Vermutung für den unbedingten Abschluß des Geschäfts bestehe[67]). Mit Recht sagt Weber[68]): „Die Schließung eines Kontrakts ist immer res facti". Weiter führt die h. M. aus, daß das bedingte Geschäft ein anderes sei als das unbedingte[69]). Das Vorbringen des Beklagten sei deshalb ein Klagleugnen (sog. Leugnungstheorie). Diese Ausführungen sind geeignet, die Schlüssigkeitslehre wirksam zu widerlegen, welche in dem Vorbringen des Beklagten eine Einrede erblickt. Sie sind aber ungeeignet, die Beweislast des Klägers in der erforderlichen Weise zu begründen. Dieser Mangel tritt klar zutage, wenn man bereits hier einen Blick auf die Endbedingung wirft. Auch in diesem Falle würde der Beklagte, der eine Endbedingung vorschützt, ein von der klägerischen Darstellung abweichendes Geschäft behaupten. Sein Vorbringen wäre dann Klagleugnen und würde deshalb den Kläger zum Beweis nötigen. So müßte die herrschende Lehre bei folgerichtiger Durchführung ihrer Ansicht entscheiden. Trotzdem entscheidet sie sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, bei der Endbedingung für eine Beweislast des Beklagten. Das richtige Ergebnis und seine richtige Begründung läßt sich nur aus der Vollständigkeitslehre gewinnen, indem für alle Entstehungstatsachen der Kläger, für alle Tilgungstatsachen der Beklagte die Beweislast tragen muß. Dieser Mangel der herrschenden Lehre ist auch von der Rechtsprechung erkannt worden. In einer neueren Entscheidung über die Wiederkaufsabrede stellt das Reichsgericht[70]) nicht darauf ab, ob die bestrittene Abrede im Vertrag enthalten war oder nicht, sondern erklärt den Beklagten deshalb für beweisbelastet, weil die Wiederkaufsabrede Tatbestandsmerkmal der Rechtsaufhebung ist. Im übrigen läßt die Rechtsprechung auch in dieser Frage eine sinngemäße Anwendung der Beweisführungslast erkennen.

Über die Beweislast für den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung herrscht Einigkeit[71]). Die Beweislast trifft den Kläger. Dieses richtige Ergebnis wird von den einzelnen Lehren verschieden begründet. So sieht z. B. die Schlüssigkeitslehre[72]) in der Erfüllung einer Anfangsbedingung eine Gegen-Gegennorm, d. h. eine der Gegennorm der Hinzufügung entgegenwirkende Gegennorm der Erfüllung. Die Beweislast des Klägers ist aber lediglich mit der

---

66) Vgl. Seite 44 Anm. 52 und 53.

67) insbesondere Stölzel 163; Weber 178; OAG Kassel in Heusers Annalen 10,593 ff.

68) Weber a.a.O.

69) Weber 173 ff; J.W. Planck, Lehrbuch 327; Enneccerus Rechtsgeschäft 186; Hellwig System 1,483; Stölzel XXXIX; RG in Gruch. 29,727 ff.

70) RG 107,406.

71) Rosenberg 294; Leonhard 290; JW 1893, 316 Nr. 37.

72) Betzinger III, 161 ff.

Vollständigkeitslehre damit zu begründen, daß die Erfüllung der Anfangsbedingung zum Entstehungstatbestand des Rechtes gehört. Aus diesem Grunde scheitert auch der Versuch der Negativenlehre, bei negativen Bedingungen die Beweislast für ihre Erfüllung dem Beklagten aufzubürden[73]). Rosenberg[74]) glaubt das gleiche Ergebnis auf Grund analoger Anwendung der §§ 345, 358 annehmen zu müssen. Für eine solche Analogie ist aber ein innerer Grund nicht vorhanden. Die angeführten Vorschriften sind Ausnahmevorschriften. Eine analoge Ausdehnung derselben begegnet schon deshalb großen Bedenken. Aber außerdem sind die in den §§ 345, 358 geregelten Fälle von den hier vorliegenden grundverschieden. In jenen Fällen handelt es sich um die Beweislast bei Unterlassungs p f l i ch t e n. Bei den zufälligen Bedingungen ist aber eine Verpflichtung, deren Eintritt bzw. Nichteintritt herbeizuführen, denkunmöglich, und bei den Machtbedingungen ergibt das Bestehen des § 162, daß von dem Gesetz eine entsprechende Verpflichtung nicht anerkannt ist.

Bei der Endbedingung wird es in der Regel für unbedingt erforderlich gehalten, die Beweislast für das Hinzufügen und den Eintritt gemeinsam zu behandeln[75]). Man geht dabei von der Überlegung aus, daß ohne Beweis des Setzens der Endbedingung der Beweis ihres Eintritts nicht geführt werden kann. Wenn dies auch richtig ist, so ist daraus die unbedingt notwendige gemeinsame Behandlung der Beweislast für Setzen und Eintritt nicht zu entnehmen[76]). Es sind demgegenüber auch Fälle denkbar, in denen auf Grund einer Feststellungsklage eine Beweislastentscheidung lediglich für das Hinzufügen einer Endbedingung getroffen werden muß. Auch treffen einige Schriftsteller[77]) für Setzen und Eintritt der Endbedingung abweichende Beweislastentscheidungen.

Nach herrschender Lehre trägt der Beklagte für das Hinzufügen der Endbedingung die Beweislast[78]). Die Begründung dieses Ergebnisses erfolgt unter den verschiedensten Gesichtspunkten. Zum Teil wird in dem Setzen der Endbedingung eine Nebenabrede gesehen, die als solche vom Beklagten zu beweisen sei[79]). Weiter führt z. B. die Negativenlehre aus, der Beklagte sei deshalb beweisbelastet, weil bei einer entgegengesetzten Entscheidung der Kläger den Beweis einer Negative führen müsse[80]). Die Schlüssigkeitslehre rechtfertigt die Beweislast aus dem Gesichtspunkt der Gegennorm[81]).

73) Martinius 13 ff; 29 ff; vgl. Maxen 195 ff.
74) Rosenberg 371 f.
75) Staudinger § 158,9b; vgl. Stölzel 139.
76) so auch Seuffert, Krit.V.Schr. 5,354; vgl. Planck § 158,9.
77) J.W. Planck, Lehrbuch 328; vgl. Planck, Komm. a.a.O.
78) Wach, ZZP 29,339; Stölzel 139; Reinhold 107; Unger II,575 ff; Oertmann, Vorbem. 3b zu § 158. RG 28,145; RG in Gruch. 24,411.
79) Reinhold 104 ff Windscheid § 96.
80) Martinius 29 ff.
81) Betzinger III,161 ff.

Im Gegensatz zur h. M. entscheidet sich eine Minderheit für eine Beweislast des Klägers[82]). Es handelt sich um diejenigen Schriftsteller, die die sog. Leugnungstheorie der h. M. auch bei der Endbedingung durchführen wollen[83]). Der Kläger sei deshalb für das Setzen der Endbedingung beweisbelastet, weil das eine Endbedingung enthaltende Geschäft ein einheitliches ist, und in seiner Gesamtheit vom Kläger bewiesen werden soll. Beruft sich der Beklagte gegenüber dem vom Kläger geschilderten vorbehaltslosen Geschäft auf eine Endbedingung, so bedeutet dies ein Klagleugnen. Der Kläger müsse dann beweisen, daß das Geschäft so, wie von ihm behauptet, auch tatsächlich abgeschlossen worden ist.

Für die Beweislastentscheidung hinsichtlich des Setzens der Endbedingung kann aber nur maßgeblich sein wann die Wirkung der Endbedingung eintritt[84]). Der Eintritt der Endbedingung bewirkt eine nachträgliche Aufhebung der bereits entstandenen Rechtswirkung. Für diese nachträgliche Rechtsaufhebung ist neben dem Eintritt der Bedingung in erster Linie deren Hinzufügung Voraussetzung. Dieser Tatbestand muß deshalb vom Beklagten bewiesen werden[85]). Dies ist bei der Endbedingung auch von der Schlüssigkeitslehre erkannt worden[86]), die das Setzen einer Endbedingung als Voraussetzung einer anspruchsvernichtenden Norm bezeichnet, während sie das Setzen einer Anfangsbedingung nur als Tatbestandsmerkmal einer rechtshindernden Norm erklärt.

Die Beweislast für den Eintritt der Endbedingung wird übereinstimmend dem Beklagten aufgebürdet[87]). Dieses Ergebnis wird auch von solchen Schriftstellern vertreten, die sich hinsichtlich des Setzens für eine Beweislast des Klägers entschieden haben[88]). Bei Negativenbedingungen will auch hier die Negativenlehre eine Beweislastentscheidung zu Gunsten des Beklagten fällen[89]). Es ist aber bereits oben dargelegt, daß sich diese Auffassung nicht halten läßt. Im übrigen wird es Sache der Beweisführung sein, Unbilligkeiten und Härten zu vermeiden.

Die Erörterung der Beweislast bei der Befristung erfordert gleichfalls eine getrennte Behandlung der Anfangs- und Endbefristung.

Das Wesen des Anfangstermins ist bestritten. Man streitet darüber, ob bei einem Rechtsgeschäft mit einem Anfangstermin das

82) Z.B. Planck Lehrbuch 328 a.a.O. Rud. Leonhard, Allgem. Teil 391; Gruch. 48,217 ff; Pöschmann 317 ff; vgl. Planck § 158,9b.
83) siehe oben Seite 47 dieser Arbeit.
84) Leonhard 289; Stölzel 138 f.
85) Vgl. auch RGRK § 158,7.
86) Betzinger III,163.
87) Leonhard 290; Stölzel 139; Oertmann Vorbem. 3c zu § 158; RGRK a.a.O.
88) Vgl. oben Anm. 82.
89) Vgl. oben Seite 47 f.

Recht schon mit dem Geschäftsabschluß entsteht und lediglich die Geltung desselben bis zum Termin hinausgeschoben ist, oder ob das Recht erst an dem Termin entstehen soll. Die Vertreter der Ansicht[90], die durch die Befristung die Rechtsentstehung hinausgeschoben wissen will, stellen deshalb den „eigentlich befristeten" Geschäften die „betagten" entgegen, bei denen lediglich die Rechtsausübung bis zum Termin ausgeschlossen ist. Dieser Streit ist für die Beweislastfrage deshalb erheblich, weil die einzelnen Schriftsteller je nach ihrer Stellungnahme in diesem Streit zu verschiedenen Beweislastentscheidungen gelangen. Eine Reihe von Schriftstellern[91], die zwischen Betagung und Befristung unterscheiden, sieht deshalb in dem Vorbringen einer Befristung ein Klagleugnen, in dem einer Betagung eine echte Einrede. Die Unterscheidung zwischen Betagung und Befristung ist aber unhaltbar[92]. Gegen diese Unterscheidung spricht, daß den Parteien ein solcher Unterschied überhaupt nicht bekannt ist und deshalb auch von ihnen nicht gemacht werden kann. Weiter verlangt auch die Billigkeit die Beseitigung dieser Unterscheidung. Die vom Anwalt beratene Partei würde dann immer Befristung vortragen, während die nichtberatene Partei zu Unrecht benachteiligt ist[93]. Demgegenüber ist es belanglos, wenn im ersten Entwurf § 141 zwischen betagten und befristeten Geschäften unterschieden worden ist und das BGB an einigen Stellen[94] von betagten und befristeten Rechtsgeschäften spricht.

Bei der Beweislastentscheidung ist für die Schlüssigkeits- und Negativenlehre die Fragestellung und demgemäß auch das Ergebnis das gleiche wie bei der Anfangsbedingung. Beide Lehren lassen den Beklagten die Beweislast tragen[95]. Die Schlüssigkeitslehre deshalb, weil sie in dem § 163 eine selbständige Gegennorm erblickt, die Negativenlehre, weil bei gegenteiliger Ansicht der Kläger den Beweis einer Negative führen müßte. Gegen diese Lehren sprechen die gleichen Gründe, die ihnen bereits bei der Anfangsbedingung entgegengesetzt worden sind.

Während die h. M. sich bei der Anfangsbedingung[96] klar und eindeutig zu einer Beweislastentscheidung zu Gunsten des Beklagten bekannte, ist ihre Stellungnahme bei der Anfangsbefristung unklar und widerspruchsvoll[97]. Ihr ist entgegenzuhalten, daß Anfangs-

90) RGRK § 163,1; Langheinecken 51 ff; Oertmann § 163,4; RG in Gruch. 46.367 ff; RG in DJZ 02,168 Nr. 35.
91) Stein § 282,IV; Eccius, Gruch. 45,438; Rassow, Gruch. 43,783.
92) so Dernburg, Allgem. Teil § 157,II,2 Note 8; Rud. Leonhard, Allgem. Teil 416 Note 2; Enneccerus-Nipperdey 1,1 Seite 608 Note 3.
93) so Leonhard 293.
94) z. B. §§ 272, 813, II; 2217,II.
95) Schlüssigkeitslehre: Betzinger III,350 f; III,161 ff; Rosenberg 344 ff; Negativenlehre: Becth 180 f; Martinius, Arch.B.R. 42,72; vgl. auch RG 57,50; KG in DJZ 03,250.
96) siehe oben Seite 46.
97) Leonhard 292.

bedingung und Anfangsbefristung sachlich gleich stehen. Beide gehören dem Entstehungstatbestand an. Die Beweislastentscheidung für die Anfangsbefristung kann deshalb nur die gleiche sein wie für die Anfangsbedingung. Der Kläger muß das Nichtvorhandensein der Befristung beweisen.

Hierüber glauben sich eine Reihe von Schriftstellern und Entscheidungen hinwegsetzen zu können. So sucht Reinhold[98]) die abweichende Behandlung der Anfangsbefristung damit zu rechtfertigen, daß im Gegensatz zur Anfangsbedingung bei jener das Rechtsgeschäft bereits perfekt sei. Das Vorbringen einer Befristung sei deshalb eine Einrede und gehöre zur Beweislast des Beklagten. Bei dieser Beweisführung ist aber bereits der Vordersatz falsch. Weder die Bedingung noch die Befristung berühren die Gültigkeit eines Geschäfts, sondern immer nur dessen Wirksamkeit. Andere Schriftsteller[99]) suchen die Beweislast des Beklagten mit einem Zurückgreifen auf das Verhältnis der Regel zur Ausnahme zu rechtfertigen. Aus § 271,I wird die gesetzliche Regel abgeleitet, daß jede Forderung sofort fällig sei. Eine Abweichung von dieser Regel habe deshalb der Beklagte zu beweisen, der sich auf eine solche beruft. Demgegenüber stellt das Reichsgericht fest, daß keine Regel für die sofortige Fälligkeit besteht und diese deshalb vom Kläger zu beweisen ist[100]). Zu diesem richtigen Ergebnis gelangt das Reichsgericht aber nicht deshalb, weil es mit der Vollständigkeitslehre die klägerische Beweislast für sämtliche Entstehungstatsachen anerkennt, sondern weil es im Gegensatz zu § 609,III bei § 271 aus dem Wortlaut eine Regel für sofortige Fälligkeit nicht ableiten kann[101]). Nicht nur das richtige Ergebnis, sondern auch die richtige Begründung wird vom Kaufmannsgericht Hamburg[102]) vertreten. Dieses Gericht lehnt die Negativenlehre ausdrücklich ab[103]). Weder Gesetzeswortlaut[104]) noch das Verhältnis der Regel zur Ausnahme[105]) können nach ihm eine Beweislastentscheidung rechtfertigen. Vielmehr soll der Kläger deshalb die Beweislast für das Fehlen einer Fristabrede tragen, weil dieses Fehlen die Grundlage seiner Klage bildet.

Wie die Beweislastentscheidung für die Anfangsbedingung der für den Anfangstermin entspricht, so muß auch die Beweislast für den Endtermin der für die Endbedingung entsprechen[106]). Maß-

98) Reinhold 104 ff.
99) Meyerowitz, JW 1913,242 ff; Unger II,573 ff; vgl. auch OLG 5,141.
100) RG 68,307 f; RG in JW 09,721 Nr. 8; RG in Gruch. 9,732; RG in Warneyer 1910 Nr. 11.
101) so besonders RG 68,308; Warn. 1910 Nr. 11.
102) JW 1925, 1919 f Nr. 1 und 2.
103) Nr. 1.
104) in Nr. 1.
105) in Nr. 2.
106) Oertmann Vorbem. 3b zu § 158; Stölzel 163; vgl. Windscheid § 96 Note 2.

geblich kann auch hier nur sein, daß die Endbefristung als Tilgungstatsache zur Beweislast des Klägers gehört[107]). Auch hier wird versucht, aus dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Geschäfts dem Kläger die Beweislast für das Nichtsetzen der Endbedingung aufzubürden[108]). Bei dieser Beweisführung werden die eine Endfrist enthaltenden Geschäfte von solchem mit beschränkter Wirkung nicht scharf genug getrennt[109]). Unter der letzteren Art sind solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, bei denen die Geltung des Geschäfts nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt reichen soll. Bei diesen Geschäften trifft den Kläger die Beweislast für die Dauer des Vertrags[110]). Diese Fälle werden von den Gegnern als Beispiele angeführt, um eine Beweislast des Klägers für das Setzen der Endbedingung zu belegen. Diese Beispiele sind aber deshalb unbrauchbar, weil bei ihnen eine Endbefristung überhaupt nicht vorliegt.

Eine Beweislastentscheidung für die Stellvertretung kann bei verschiedenen Prozeßlagen erforderlich werden.

Der Kläger klagt aus einem von einem Dritten angeblich in seinem Namen abgeschlossenen Vertrag. Der Beklagte bestreitet, daß der Dritte Vertreter des Klägers war. Nach unbestrittener Ansicht[111]) muß der Kläger die Vertretereigenschaft des Dritten beweisen. Übereinstimmung herrscht auch darüber, daß den Kläger die Beweislast für die Vertretereigenschaft dann trifft, wenn der Beklagte aus einem von seinem angeblichen Vertreter abgeschlossenen Vertrag in Anspruch genommen wird[112]). Streitig sind nur die Fälle, in denen entweder der in Anspruch genommene Beklagte behauptet, Vertreter eines Dritten gewesen zu sein oder der Beklagte geltend macht, der Kläger habe als Vertreter eines Dritten gehandelt und sei deshalb nicht Träger des eingeklagten Rechts.

Der in Praxis und Schrifttum wichtigere Fall ist der erste. Wenn überwiegend die Beweislastentseidung zu Gunsten des Beklagten getroffen wird[113]), so finden sich doch Schriftsteller[114]) und älteren Entscheidungen[115]), die umgekehrt entscheiden. So erblickt die Schlüssigkeitslehre[116]) in dem Vorbringen des Beklagten ein Berufen auf eine Gegennorm, für deren Tatbestand der Beklagte die Beweislast tragen soll. Es wird in diesem Zusammenhang angeführt,

107) Leonhard 294; Stölzel XVII; Windscheid a.a.O.
108) J.W. Planck, Lehrb. 328 ff; Römer 170; Seuffert, Kr.V.Schr. 5,358.
109) Leonhard 294.
110) Leonhard a.a.O.; Kaufmannsgericht Hamburg a.a.O. Bolze, Praxis 6 Nr. 1046.
111) Rosenberg 351; Obertrib. Stuttgart in S.A. 21. Nr. 163
112) Rosenberg a.a.O.; Betzinger III,160; Römer 162; Becker 148.
113) Leonhard 296; Reinhold 96 f; Pöschmann 309; Römer, Ziv. Arch. 62, 160 ff; RG 2,195 RG in Warn. 1908 Nr. 102.
114) Rosenberg 351 ff; Fitting, ZZP 13,58; Sieveking 49.
115) OAG München in ZHR 7,611 ff; Oberstes Landesger. München in S.A. 32 Nr. 84.
116) Ob. LG. München a.a.O.

daß der Beklagte zugebe, den Vertrag mit dem Kläger geschlossen zu haben[117]). Dies genüge nach dem Gesetz, um den klägerischen Anspruch zu rechtfertigen. Es kommt aber nicht so sehr darauf an, ob der Beklagte überhaupt mit dem Kläger einen Vertrag geschlossen hat, sondern welcher Vertrag zwischen dem Beklagten und dem Kläger abgeschlossen worden ist[118]). Mit seinem Vorbringen der Stellvertretung bestreitet der Beklagte die klägerische Darstellung so vollständig, wie dies nur möglich ist[119]). Jede Partei behauptet einen anderen Vertrag. Durch dieses Klagleugnen ist der Kläger gezwungen, den von ihm behaupteten mit dem Beklagten als Rechtsträger geschlossenen Vertrag zu beweisen. Die Negativenlehre[120]) sucht aus dem bereits widerlegten Gesichtspunkt der Unmöglichkeit oder Schwierigkeit des Negativenbeweises die Beweislast des Beklagten zu rechtfertigen. Die Regel-Ausnahme-Lehre[121]) will die Beweislast des Beklagten damit erklären, daß Stellvertretung als Ausnahme von dem Beklagten, der sich auf die beruft, zu beweisen ist. Es sei eine Regel des Gesetzes, daß, wer kontrahiere, sich selbst verpflichte. Abgesehen davon, daß ein solches Verhältnis der Regel zur Ausnahme nur darstellungstechnische Zwecke verfolgt und deshalb für die Beweislastentscheidung nicht maßgeblich sein kann, läßt sich aber auch ein solches Verhältnis bei der Stellvertretung aus dem Gesetz nicht herleiten[122]). § 164,II besagt lediglich eine Selbstverständlichkeit, aus ihm kann deshalb die Ausnahmenatur der Stellvertretung nicht abgeleitet werden[123]). Vielmehr ist daran festzuhalten, daß Handeln in fremdem und solches im eigenen Namen selbständige und gleichgeordnete Begriffe sind[124]).

Demgegenüber entscheidet sich die h. M. mit Recht für eine Beweislast des Klägers für den Abschluß des Geschäfts im eigenen Namen[125]). Wenn es ihr auch gelingt, die gegnerische Ansicht wirksam zu widerlegen, so ist die Begründung der eigenen Meinung nicht ausreichend, daß das im eigenen Namen und das als Stellvertreter abgeschlossene Geschäft zwei verschiedene Geschäfte sind[126]). Dieser Mangel wurde bereits bei der Endbedingung gezeigt. Die Begründung ist erst dann erschöpfend gegeben, wenn man den Grundsatz der Vollständigkeitslehre heranzieht, daß alle Ent-

117) Vgl. Anm. 114.
118) Leonhard 297.
119) Wogatzki, Judicium 1932 Sp. 241.
120) Beckh 148 ff; insbes. OAG München a.a.O.
121) OG Wolfenbüttel in S.A. 21 Nr. 162; Brach, Recht 1911 Sp. 225 f; vgl. auch Staub 6./7. Auflage Anm. 4 zu § 58.
122) Wogatzki, Judicium 1932, 242 Strucksberg, LZ 1912 Sp. 53.
123) Leonhard 297; Strucksberg a.a.O.; OLG Rostock in Recht 1911 Nr. 19.
124) RG 3,122.
125) vgl. oben Seite 52 Note 113.
126) vgl. oben Seite 46 ff und Seite 49.

stehungstatsachen der Kläger, aller Aufhebungstatsachen der Beklagte zu beweisen hat. Daß der Beklagte im eigenen Namen und nicht als Stellvertreter eines Dritten gehandelt hat, ist Entstehungstatsache für den klägerischen Anspruch und deshalb vom Kläger zu beweisen. Härten, die etwa bei der Anwendung der Vollständigkeitslehre auftreten, werden durch die Haftung nach § 179 und durch die Beweisführung gemildert[127]). Eine zweckentsprechende Handhabung der Beweisführungslast läßt die Rechtsprechung des Reichsgerichts erkennen, indem vom Kläger lediglich die Darstellung des Geschäftsabschlusses im eigenen Namen verlangt wird, während es Sache des Beklagten sei, „Umstände darzutun, welche sein Handeln in fremdem Namen erkennbar gemacht hätten“ [128]).

Die gleiche Beweislastentscheidung ist für den Fall zu treffen, in welchem der Beklagte dem Kläger entgegenhält, er, der Kläger, habe als Vertreter eines Dritten gehandelt und sei deshalb zur Erhebung der Klage nicht berechtigt. In diesem Fall ist Entstehungstatsache, daß der Kläger nicht in fremdem, sondern im eigenen Namen gehandelt hat. Deshalb muß dies auch vom Kläger bewiesen werden[129]).

§ 12. Die Ergänzungsregel für den Inhalt.

Die Ergänzungsregeln für den Inhalt sind solche Vorschriften, die im Rahmen eines gültigen wirksamen Rechtsgeschäfts mangels besonderer Parteibestimmung gesetzliche Bestimmungen für den Inhalt des einzelnen Geschäfts treffen. Diese Vorschriften sind so zahlreich, daß ihre erschöpfende oder nur nahezu erschöpfende Behandlung im Rahmen dieser Arbeit unmöglich ist. Es erscheint deshalb zweckmäßig, die einzelnen Lehren an Hand ausgewählter Beispiele darzustellen.

Nach der Schlüssigkeitslehre gehört die die Ergänzungsregel ausschließende Parteibestimmung nicht zum Klaggrund, sondern zum Einredegrund und somit zur Beweislast des Beklagten[130]). Bedeutsam ist hier der Grundgedanke dieser Lehre, daß im Grunde genommen der Klaganspruch sich nicht auf das konkrete Rechtsgeschäft, sondern auf das objektive Recht stützt. Die Unrichtigkeit dieses Satzes ist bereits in § 4 nachgewiesen worden. So entscheidet sich z. B. die Schlüssigkeitslehre im Falle des § 243 BGB für eine Beweislast des Beklagten[131]). Hierbei handelt es sich nicht um die meist in den Erläuterungsbüchern bei § 243 erörterte Frage, ob die Leistung mittlerer Art und Güte ist, sondern um deren Vorfrage,

127) RG 95,191; RG 2,195 Leonhard 297.
128) so RG 95,191; auch RG 2,195.
129) Leonhard 297; OAG Lübeck in S.A. 26 Nr. 184; a.A. Rosenberg 351.
130) Betzinger I,352; III,164 ff; Rosenberg 293 ff; v. Knieriem VI,124.
131) Betzinger a.a.O.; Rosenberg, Ziv.Arch. 94,100; vgl. v. Knieriem a.a.O.

ob mangels einer rechtsgeschäftlichen Qualitätsabrede die Vorschrift des § 243 angewendet werden muß. Meist wird behauptet, daß sich die Beweislast des Klägers in dem Nachweis erschöpft, welche Gattung vereinbart worden ist, während es Sache des Beklagten sein soll, Abweichungen von dieser Gattung zu behaupten und zu beweisen[132]). Mit Leonhard[133]) ist aber gegen dieses Ergebnis einzuwenden, daß es praktisch unbrauchbar ist. Dies ergibt sich aus der Überlegung, daß sich kein Punkt finden läßt, jenseits dessen nur Gattungsbegriffe, diesseits dessen nur Speziesbegriffe bestehen können. Jeder durch unzählige Adjektive scheinbar zum Speziesbegriff umgewandelte Gattungsbegriff kann selbst wieder zum Gattungsbegriff werden, wenn diesem Begriff ein gleicher allerdings durch ein weiteres Adjektiv eingeschränkter Begriff gegenübergestellt wird. Gattungs- und Speziesbegriffe sind keine absoluten, sondern relative Begriffe. Auch bei den übrigen Ergänzungsregeln muß nach der Schlüssigkeitslehre der Beklagte für die Inhaltsabrede die Beweislast tragen[134]). Zur Entkräftung dieses Ergebnisses wird auf die bereits bekannten Gegengründe verwiesen.

Eingehender muß die Beweislastenentscheidung für die Ergänzungsregel vom üblichen Kaufpreis behandelt werden. Nicht nur deshalb, weil diese Frage besonders eingehend im Schrifttum behandelt worden ist[135]) und analog auch bei den übrigen gegenseitigen Verträgen große Bedeutung hat[136]), sondern auch deshalb, weil bei dieser Frage die meisten Anhänger der Schlüssigkeitslehre zu Gunsten des Beklagten entscheiden[137]). Der Inhalt dieser gewohnheitsrechtlichen Ergänzungsregel läßt sich dahin zusammenfassen, daß der übliche Kaufpreis dann als vereinbart gilt, wenn die Parteien eine Kaufpreisbestimmung nicht getroffen haben. Einige Anhänger der Schlüssigkeitslehre[138]) glauben an einer Beweislast des Beklagten für die angebliche Preisabrede festhalten zu müssen. Dieser innere Zwiespalt der Schlüssigkeitslehre läßt erkennen, daß diese für die vorliegende Frage noch keine sichere Grundlage für die Beweislastentscheidung abgeben kann. So rechtfertigen die Anhänger der Schlüssigkeitslehre, die eine Beweislast des Klägers vertreten[139]), ihre Entscheidung damit, daß nicht nur die Entgeltlichkeit, sondern auch die Höhe des Preises zu den essentialia des Geschäfts und somit zur Beweislast des Klägers gehört. Die Gegenmeinung erklärt, zu den essentialia des Kaufs gehöre nur die Entgeltlichkeit,

132) Rosenberg 334; v. Knieriem 124. RG 20,5 in S.A. 11 Nr. 129.
133) Leonhard 130.
134) Betzinger I,352; Rosenberg 328 ff; 293 ff.
135) Stölzel, Schulung; v. Knieriem, Klage auf angemessenen Kaufpreis.
136) so Beckh 189.
137) Rosenberg 320 ff; Betzinger III,165 ff.
138) Betzinger I,352; Fitting ZZP 13,39,64; Kofska, DJZ 1899,173 f.
139) Rosenberg 321; Betzinger III,165.

nicht auch die Höhe des Preises[140]). Diese Auffassung übersieht, daß der § 433 nicht lediglich Entgeltlichkeit, sondern die Vereinbarung eines bestimmten Preises fordert[141]), sei es ein vereinbarter oder der übliche Preis. Gegen diese Aufasssung ist weiter einzuwenden, daß die Einteilung der Rechtsgeschäfte in essentialia, naturalia, accidentalia negotii für die Beweislastfrage keine sichere Grundlage bilden kann, weil für die Abgrenzung sich aus dem Gesetz Anhaltspunkte nicht ergeben. Weder die Regel-Ausnahmelehre noch die Satzbaulehre können bei dieser Ergänzungsregel zu irgend einem Ergebnis kommen[142]). Für diese Lehre fehlt es an einer gesetzlichen Niederschrift der Ergänzungsregel, für jene an Anhaltspunkten, aus denen sich die Regel- oder Ausnahmenatur dieser Ergänzungsregel ergibt.

Auch bei den Ergänzungsregeln für den Inhalt schreckt die Negativenlehre[143]) von dem Negativenbeweis zurück und läßt deshalb den Beklagten die Beweislast für die die Ergänzungsregel ausschließende Parteivereinbarung tragen. Im Gegensatz zur Schlüssigkeitslehre führt sie deren Grundsatz auch bei der Ergänzungsregel vom üblichen Kaufpreis durch[144]). Die Beweislast des Beklagten soll damit begründet werden, daß lediglich die Entgeltlichkeit nicht auch die Höhe des Preises feststehen müsse[145]). Dieser Einwand ist aber bereits widerlegt[146]). Beckh[147]) hält eine Beweislast des Klägers deshalb für praktisch unbrauchbar, weil sie die Lage des Klägers verschlechtere, wenn es diesem nicht gelungen sei, weder den Beweis für das Zustandekommen einer bestimmten Preisabrede noch den Beweis für das Nichtzustandekommen einer solchen zu führen. In diesem Falle soll nach Beckh der Kläger überhaupt nichts erhalten, weil weder für den üblichen noch für einen bestimmten Kaufpreis die Voraussetzungen gegeben seien. Das ist aber ein Trugschluß. Üblicher Preis und bestimmt vereinbarter Preis stehen im Verhältnis der Alternativität. Wird der eine abgelehnt, so muß der andere zugesprochen werden. Sollte sich aber in einem Prozeß ergeben, daß überhaupt kein Preis in Frage kommt, weder ein bestimmter noch der übliche, so ist damit aber auch festgestellt, daß kein Kauf vorliegt.

Bereits am Ende des § 3 ist die Feststellung getroffen worden, daß es oft unmöglich ist, einzelne Schriftsteller und einzelne Entscheidungen einer bestimmten Beweislastlehre unterzuordnen, daß vielmehr zur Begründung des Ergebnisses die verschiedensten Ge-

140) Koffka a.a.O. Betzinger a.a.O. Vgl. Fitting a.a.O.
141) RG in JW 03,100: Nr. 13.
142) Vgl. Leonhard 342.
143) Beckh 189, 199; Martinius DJZ 03, 146 f.
144) Beckh 189; Martinius a.a.O.
145) Martinius a.a.O.
146) Vgl. oben Seite 55.
147) Beckh 189 f.

sichtspunkte herangezogen werden. Gleiches läßt sich für die Beweislastentscheidung der herrschenden Meinung für die Ergänzungsregeln für den Inhalt feststellen. Eine Beweislast des Beklagten sucht man neben Beweisgründen der Satzbaulehre mit solchen der Regel-Ausnahmelehre zu rechtfertigen. Hierbei verwickelt sich die herrschende Lehre nicht selten in Widersprüche. So wird z. B. in der gleichen Entscheidung[148]) aus dem Wortlaut des § 271 die gesetzliche Regel und damit auch die klägerische Beweislast für eine sofortige Fälligkeit hergeleitet, während der Wortlaut des § 609,III die entgegengesetzte Regel und Beweislast ergeben soll. Mit Recht ist deshalb diese mangelnde Folgerichtigkeit gerügt worden[149]). Auch die Begründung, die die herrschende Lehre für die Beweislastentscheidung des § 269 gibt, kann nicht befriedigen. Für die Verabredung eines besonderen Schuldorts soll der Beklagte die Beweislast tragen[150]). Obwohl der sonst so oft betonte Wortlaut entgegensteht, wird trotzdem der Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners als regelmäßiger Schuldort angenommen. Für die Annahme einer solchen Regel fehlt aber jeglicher Anhaltspunkt. Auf die Wahrscheinlichkeit kann eine solche Regel nicht gestützt werden. Gerade im Handelsverkehr dürfte die Vereinbarung größerer Plätze als Schuldort (z. B. Sitz der Börse) die Regel bilden. Weiter würde ein solches Vorgehen eine Vermengung von Beweislast und Beweisführungslast bedeuten.

Im allgemeinen überwiegen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Entscheidungen, die eine Beweislast des Klägers für den gesamten Inhalt des Rechtsgeschäfts vertreten[151]). In einer neueren Entscheidung[152]) wird es ausdrücklich abgelehnt, „die Gesamtheit der für die Beurteilung wesentlichen Umstände so . . . zu zerteilen und aus ihnen vorerst eine Wahrscheinlichkeit zu Gunsten der Sachdarstellung der Klägerin zu folgern, der Beklagten aber den Gegenbeweis aufzubürden". Eine andere Entscheidung[153]) bezeichnet es als einen ganz allgemeinen Gedanken, daß der Kläger gehalten ist, der Behauptung des Beklagten gegenüber, das Rechtsgeschäft sei nicht vollständig dargestellt, seinerseits den Beweis zu führen, daß der von ihm behauptete beschränkte Inhalt der vollständige ist. Demgegenüber stehen einige Entscheidungen[154]), die vom Kläger lediglich den Beweis für den gewöhnlichen, wesent-

148) RG 68, 305 ff.
149) Leonhard 261. — vgl. hierzu die Entsch. des OLG Kiel für den Fall des § 609,III in JW 33,1271 dazu Anm. von Leonhard.
150) Planck § 269,3; Staudinger § 269,II,4; Oertmann § 269,7.
151) S.A. 80 Nr. 125; JW 03, 47 Recht 02, 571; 01, 504; Gruch. 29,729 ff; RG 45,357, 41,221. bes. aber Kaufm. Ger. Hamburg in JW 1925, 1929 f.
152) S.A. 80 Nr. 125.
153) JW 03,47.
154) S.A. 84 Nr. 73; Recht 30 Nr. 550; RG 88,376. RG 57,49 f.

lichen Inhalt verlangen. So hat z. B. eine Entscheidung jüngsten Zeitpunkts[155]) eine vom Beklagten behauptete besonders ungewöhnliche Vertragsabrede als „Einwand" bezeichnet und sich damit für eine Beweislast des Beklagten ausgesprochen. Dem Reichsgericht schwebte bei dieser im Ergebnis richtigen Entscheidung der zutreffende Gedanke vor, daß es im höchsten Grade unbillig sei, bei Beweislosigkeit dieser Abrede zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden. Die Eigenart dieses Einzelfalles dürfte aber keineswegs zu einer Verschiebung der Beweislast führen. Bei entsprechender Berücksichtigung der Beweisführungslast hätte das Reichsgericht neben dem richtigen Ergebnis auch die richtige Begründung gefunden. Die fragliche Abrede war so ungewöhnlich und deshalb so unwahrscheinlich, daß der Beklagte auf Grund seiner Beweisführungslast gehalten war, den Beweis zu erbringen.

155) S.A. 84 Nr. 73.

Lebenslauf.

Am 4. Juli 1910 bin ich als Sohn des Technischen Oberinspektors Baumeister Philipp Zöll und seiner Ehefrau Anna, geb. Schickedanz in Frankfurt am Main geboren. Ich besuchte 1½ Jahre die Volksschule in Frankfurt am Main-Rödelheim und 1½ Jahre die Vorschule der Liebig-Oberrealschule in Frankfurt am Main. Ostern 1929 bestand ich an der gleichen Anstalt die Reifeprüfung. An den Universitäten Kiel, Hamburg, Frankfurt am Main und Marburg studierte ich insgesamt 7 Semester Rechtswissenschaft. Am 20. Mai 1933 bestand ist die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Kassel und am 2. Mai 1934 die mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Marburg. Zur Zeit bin ich als Referendar bei dem Landgericht in Frankfurt am Main tätig.